

ESSAI
sur la Théorie générale
des obligations
d'après le projet de Code civil
Yougoslave

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

(Sciences juridiques)

présentée et soutenue le 9 Juin 1925 à 2 heures

PAR

MILOCHE BAÏTCH

Président : M. LÉVY-ULLMANN, professeur

Suffragants : MM. DEMOGUE, Professeur.

JULIOT de la MORANDIÈRE, Professeur.

PARIS

G. et M. DÉRRE, IMPRIMEURS
4, Rue Jacques-Callot

1925

ESSAI
sur la Théorie générale
des obligations
d'après le projet de Code civil
Yougoslave

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

ESSAI
sur la Théorie générale
des obligations
d'après le projet de Code civil
Yougoslave

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

(Sciences juridiques)

présentée et soutenue le 9 Juin 1925 à 2 heures

PAR

MILOCHE BAÏTCH

Président : M. LÉVY-ULLMANN, professeur

Suffragants : MM. DEMOGUE, Professeur.

JULIOT de la MORANDIÈRE, Professeur.

PARIS

G. et M. DERRE, IMPRIMEURS

4, Rue Jacques-Callot

1925



INTRODUCTION

La diversité des législations appliquées en Yougoslavie — diversité qui résulte du fait que les différentes provinces constituant l'Etat des Serbes, Croates et Slovènes dépendaient de souverainetés différentes — constitue un sérieux empêchement, non seulement à l'unification ethnographique des Yougoslaves, mais aussi à leur développement économique. Pas moins de six législations différentes sont encore actuellement en vigueur dans ce nouvel Etat. La Serbie et le Monténégro, Etats indépendants avant l'union, avec leur propre législation; la Voïvodina (Banat, Batchka et Baragna) avec la législation hongroise; la Bosnie et Herzégovine, provinces qui occupaient une situation particulière dans la monarchie des Habsbourgs, avec le droit musulman et, subsidiairement, le droit civil autrichien; la Slavonie et la Dalmatie régies par le code et les lois autrichiens ainsi que par les trois *Novelles* (12 octobre 1914, 22 juillet 1915 et 19 mars 1916) qui modifièrent le Code civil autrichien de 1811; la Croatie et Slavonie, enfin, soumise au Code autrichien de 1811 et aux différentes lois édictées, d'une part, par le législateur autrichien (jusqu'au Compromis austro-hongrois de 1867) et, d'autre part, par la diète croate (depuis 1867).

Pour mettre fin à cette situation, fâcheuse pour la consolidation définitive de la jeune monarchie, on a pensé, déjà de bonne heure, à l'unification, principe fondamental de l'harmonie et de l'équilibre dans la vie d'une nation.

Parmi les Commissions chargées de la rédaction des codes, le travail de celle qui s'occupe du Code civil se poursuit avec le plus de lenteur. Elle n'a abouti, jusqu'à présent, qu'à la rédaction incomplète de la partie consacrée à la théorie générale des obligations, à savoir : rédaction du dix-septième chapitre du livre premier, s'occupant des conventions, et des trois premiers chapitres du troisième livre, consacrés à la consolidation, la modification et l'extinction des droits et des obligations. Ce sont ces quatre chapitres que nous avons pu étudier dans le présent travail.

Cependant il est intéressant de remarquer que l'attention des rédacteurs du projet s'est portée d'abord sur les obligations, c'est-à-dire que le besoin d'unification économique s'est manifesté comme le plus important. Rien d'étonnant puisque les conditions matérielles de l'existence sont les ressorts de toute vie, aussi bien individuelle que sociale. N'entendons-nous pas, à chaque instant, répéter la thèse marxiste qui prétend expliquer toute la vie politique d'un pays par les phénomènes économiques? Cela n'est pas pourtant, à notre avis, la seule raison qui a guidé les rédacteurs, car il ne faut pas oublier que cette partie du droit est la moins imprégnée du caractère national, et qu'elle se prête plus facilement au

changement que les autres parties, en particulier celles qui visent l'état des personnes et la succession, si étroitement liées aux coutumes et mœurs nationales.

Quant au côté technique du projet, les rédacteurs ont pris pour base le Code civil autrichien de 1811, puisqu'il a été le point de départ, non seulement de toutes les législations des anciennes provinces de l'empire autrichien, y compris la Croatie et Slavonie aussi bien que la Bosnie et Herzégovine, mais encore du Code civil serbe de 1844, rédigé par Yovan Hadzitch, élève de l'école autrichienne.

Sans toucher aux dispositions techniques du Code de 1811, — son plan et la suite des articles sont restés presque intacts, — on a, à maintes reprises, sensiblement modifié leur fond. C'est d'ailleurs fort compréhensible puisque l'intensité et la complication de la vie sociale et économique ont beaucoup changées depuis cette date. Parmi les codes étrangers, c'est le Code allemand qui, indirectement, à travers les Nouvelles autrichiennes, a le plus souvent inspiré les rédacteurs.



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41551825_0058

PREMIERE PARTIE

DES CONVENTIONS

CAPACITE CONTRACTUELLE

Accordée en principe à toutes les personnes, l'aptitude de figurer en son propre nom dans un acte juridique n'est refusée qu'aux personnes considérées comme incapables de gérer leurs propres intérêts. Loin d'être, par conséquent, fonction du statut familial ou civique, les restrictions relatives à la capacité sont exclusivement aujourd'hui dictées par un souci de protection.

Comme toutes les législations issues du droit romain, le projet distingue l'incapacité complète, dont la conséquence est la nullité absolue de l'acte passé par l'incapable, de l'incapacité limitée, dont les effets n'ont qu'une portée relative.

INCAPACITÉ ABSOLUE D'EXERCICE. — D'après le projet yougoslave, il faut considérer comme complètement incapables :

1° Les enfants au dessous de sept ans. Comme en droit romain, ces personnes ne peuvent faire aucun acte juridique, conclure aucune convention, une

donation même ne peut être valablement acceptée par eux (1);

2° Les aliénés et les faibles d'esprit, puisqu'ils sont dépourvus de l'intelligence nécessaire à l'appréciation de leurs intérêts. Pour que l'acte soit annulé, il suffira de prouver que de telles personnes étaient, à l'époque de la conclusion, soit en curatelle, soit atteintes d'une maladie mentale ou de faiblesse d'esprit (2).

Quant aux intervalles lucides, la question ne se pose pas pour les personnes en curatelle qui sont toujours incapables. Lorsqu'il s'agit, au contraire, des aliénés non pourvus de curateur, il faut prouver, non pas — comme en droit anglais — qu'ils étaient incapables au moment même de la conclusion du contrat, mais qu'ils étaient à cette époque atteints d'une maladie ou de faiblesse d'esprit, ce qui signifie que les intervalles lucides ne se présument pas. Remarquons encore qu'il n'y a pas lieu non plus de se demander si l'autre partie connaissait ou devait connaître (notoriété), comme en droit français, l'existence de la maladie;

3° Les personnes atteintes d'un trouble mental passager (fièvre, délire, ivresse) (3) ne sont pas à même de contracter à l'époque de leur trouble;

4° Enfin, les personnes morales, n'étant que des

(1) D. 45, 1, 70.

(2) Arrêt de la Haute-Cour d'Autriche du 10 août 1904, Sammlung Glaser-Unger VII, 2756.

(3) Arrêt de la Haute-Cour d'Autriche du 19 novembre 1913, Slg. Glaser-Unger XVI, 6653.

fiction. Ce sont leurs représentants qui sont seuls capables de passer pour elles des actes juridiques.

INCAPACITÉ RELATIVE D'EXERCICE. — Sont à considérer, selon le projet, comme partiellement incapables :

1° Les mineurs au-dessus de sept ans. Ils ne peuvent rendre leur condition pire, ce qui, au sens du projet, signifie qu'ils ne peuvent ni passer des actes par lesquels ils s'obligent, ni aliéner un objet leur appartenant (1). La nullité qui frappe de tels actes n'est qu'une nullité relative, nullité qui peut être confirmée par le mineur une fois devenu majeur ou, avant cette époque, par son représentant légal. En outre, lorsqu'il s'agit d'une convention synallagmatique dans laquelle l'obligation du mineur sert de cause à l'obligation de l'autre co-contractant, ce dernier, bien que ne pouvant se prévaloir de cette nullité, a le droit de s'adresser au tribunal et de demander un délai pour que les représentants du mineur puissent décider s'ils valident ou non l'acte passé. Cette disposition originale du projet est consacrée par l'article 865 *in fine* (2).

2° Les prodigues; ils sont complètement assimilés aux mineurs.

3° Les sourd-muets, lorsqu'ils ont demandé, eux-même, à être mis en curatelle.

(1) I. 1, 21 pr... : *namque placuit meliorem quidem suam conditionem licere eis facere etiam sine tutoris auctoritate, deteriorem vero non aliter quam tutore auctore.*

(2) En droit romain; comme en droit français d'ailleurs, celui qui contracte avec un mineur n'est protégé que de façon indirecte (*exceptio non adimpleti contractus*).

Cette nullité relative peut être demandée par les personnes dont la capacité d'exercice est limitée; mais l'article 866 la leur refuse toutes les fois qu'elles se présentent capables et trompent leur co-contractant qui n'a pas été à même de se procurer facilement sur elles les renseignements nécessaires.

OFFRE ET ACCEPTATION

On sait que l'offre et l'acceptation sont les deux éléments qui composent tout accord de volontés. Tant qu'il s'agit de contrat conclu entre parties présentes, cette distinction est sans grande importance. Elle devient capitale dès qu'il s'agit de convention conclue entre personnes non présentes.

OFFRE. — L'offre, projet de la convention future, doit réunir les éléments essentiels de la convention proposée, de telle manière qu'il suffise que l'autre partie donne son consentement pour que la convention soit formée et valable. On n'est, par conséquent, en présence d'une offre que :

1° Lorsque la déclaration contient toutes les dispositions essentielles de la convention projetée;

2° Lorsqu'il résulte de la déclaration que son auteur veut contracter;

3° Lorsque l'offrant a pris les mesures nécessaires pour que la personne, avec laquelle il veut contracter, en soit avertie.

Les offres une fois faites, dit l'article 862, ne peuvent plus être révoquées tant que dure le délai d'acceptation accordé à l'autre partie. Par conséquent, les offres peuvent être révoquées tant que ce délai n'a pas commencé à courir. Mais, comme d'autre part le délai d'acceptation ne peut commencer qu'au moment où l'autre partie est touchée par les offres, il est évident que c'est seulement jusqu'à ce moment que le pollicitant est autorisé à les révoquer, en la prévenant qu'il s'en désiste. Si donc la révocation arrivait après la pollicitation, elle serait dépourvue de tout effet juridique.

En l'absence d'un délai déterminé par lui, le pollicitant est réputé maintenir ses offres pendant un temps raisonnable. En effet, l'article 862 nous dit ceci :

« Le pollicitant cesse d'être obligé lorsqu'il n'obtient pas de réponse dans le délai où il devrait l'attendre, supposant que son offre ainsi que l'acceptation ont, toutes les deux, voyagé régulièrement. »

Ce délai une fois expiré, la pollicitation s'éteint automatiquement en principe. Nous disons « en principe » parce que le projet impose au pollicitant qui reçoit l'acceptation envoyée dans le délai normal, mais retardée en cours de route, s'il veut que le contrat ne se forme plus, de prévenir immédiatement l'acceptant de sa décision.

Il suit de là que la pollicitation n'est pas seulement un élément d'une convention future, mais qu'elle est aussi un acte unilatéral, créateur d'obligation.

ACCEPTATION. — L'acceptation est la déclaration par

laquelle l'autre partie accepte la pollicitation, déclaration qui est, au point de vue de son contenu, calquée sur la déclaration de l'offrant.

La convention n'est pas conclue, par conséquent, si la partie à laquelle on fait des offres ne les a pas acceptées dans toutes leurs dispositions essentielles. S'il en était ainsi ses déclarations devraient être considérées comme une contre-offre qui se transformerait en convention seulement par l'acceptation du premier offrant.

A QUEL MOMENT SE FORME LE CONTRAT CONCLU ENTRE
LES PERSONNES NON PRÉSENTES ?

Bien que le projet ne déclare pas à quel moment se forme la convention, il est, croyons-nous, possible de le fixer grâce à un certain nombre d'indications (1).

La disposition destinée à nous servir de guide est indiscutablement celle de l'article 862 qui, on le sait déjà, porte que la réponse arrivée après l'expiration du délai d'acceptation n'est pas considérée comme tardive, s'il en résulte qu'elle a été envoyée dans ce délai. Le pollicitant est autorisé seulement à rétracter son consentement, à condition d'en prévenir immédiatement l'autre partie.

Il en résulte que la convention est formée déjà au moment où la lettre d'acceptation a été envoyée, et

(1) Intérêt pratique : 1° depuis ce moment les parties, pollicitant et acceptant, ne peuvent plus se dédire ; 2° l'époque de la formation du contrat permet de fixer le lieu de la convention, fait très important au point de vue du conflit de droit international privé.

que la dénonciation de cette convention par le pollicitant a le même effet qu'une condition résolutoire (1).

Cette explication est confirmée également par les deux considérations suivantes :

1° Que le projet s'écarte du droit autrichien, qui, selon l'avis presque unanime des commentateurs, adopte la théorie de réception (2);

2° Qu'il s'inspire, d'autre part, du Code suisse, qui dans son article 10, déclare que les effets du contrat remontent au jour de l'émission (3).

En effet, à l'exemple du Code suisse, le projet yougoslave déclare que la mort de l'offrant ou son incapacité survenue après les offres, n'auront pas de répercussion sur la formation du contrat. A cette règle il n'y a d'exception que pour le cas où la partie offrante a prévu cet événement. Dans le Code autrichien (art. 862), au contraire, la mort, et aussi d'après la jurisprudence, la survenance d'une incapacité valent la rétractation automatique des offres.

Ce n'est pas tout. Décidant que le pollicitant doit maintenir son offre pendant le délai nécessaire à la réponse régulière, le projet yougoslave reproduit fidè-

(1) Des quatre systèmes possibles : 1° celui de la manifestation de volonté (*Aeusserungstheorie*); 2° de l'émission (*Uebermittlungstheorie*); 3° de la réception (*Empfangstheorie*), et 4° de la prise de connaissance par le pollicitant (*Vernehmungstheorie*), — c'est le second qui est admis par le projet.

(2) Arrêt de la Haute-Cour d'Autriche du 31 juillet 1900, *Slg. Glaser-Unger III*, 1100, selon lequel la convention se forme au lieu du domicile de l'offrant.

(3) Le projet yougoslave s'inspire du Code suisse mais ne le reproduit pas fidèlement. D'après celui-ci, la convention est formée au moment de l'acceptation, mais ses effets remontent à l'époque de la conclusion.

lement l'article 5, alinéa 1, du Code suisse. Quant au Code autrichien, il décide, au contraire, que la pollicitation adressée à une personne qui habite le même lieu (géographique) que le pollicitant doit être toujours acceptée en vingt-quatre heures, tandis que celle adressée à une personne qui habite ailleurs, dans le délai nécessaire pour que la réponse arrive deux fois.

La dernière preuve, enfin, nous est fournie par la disposition du projet qui parle des effets de l'acceptation envoyée régulièrement, mais arrivée avec retard. Elle aussi n'est que la reproduction de l'article 5, alinéa 3, de ce code. En droit autrichien, qui consacre la théorie de réception il n'y a, naturellement, rien de pareil.

VIOLENCE

Selon le projet, la violence, — contrainte physique ou psychique qu'un individu exerce sur un autre pour le déterminer à conclure un acte, — n'est prise en considération que lorsqu'elle réunit à la fois les trois conditions suivantes :

- 1° Le fait ou la complicité de la partie contractante;
- 2° Le bien-fondé de la crainte provoquée;
- 3° Le caractère injuste ou illicite de cette violence.

1. — D'après l'article 875 *in fine* du projet, on ne tient compte de la violence que lorsqu'elle est exercée par un co-contractant ou avec sa participation, ou lorsqu'il est manifeste qu'il a dû connaître ou soup-

çonner la violence exercée sur l'autre sujet de la convention.

Par cette disposition le projet s'écarte du droit romain qui prenait en considération toute violence, même celle qui émanait d'un tiers et qui restait inconnue de l'autre partie, ce qui revient à dire que l'*actio quod metus causa* n'est plus rédigée *in rem* mais *in personam*.

2. — Il faut que la violence soit illicite. Ainsi, si l'un des contractants avait le droit d'user de la contrainte vis-à-vis de l'autre, ce dernier ne pourrait faire invalider la convention. Si, par exemple, le créancier poursuivait son débiteur, et si celui-ci, pour éviter les conséquences de l'exécution immédiate, transigeait, il ne pourrait contester la validité de cette transaction en prétendant qu'il a passé cette convention sous la pression de la violence.

Toutefois, il y aurait violence si le créancier se servait de son droit de poursuite dans un autre but que celui auquel ce droit était destiné, comme par exemple s'il demandait au débiteur de reconnaître une dette naturelle, non connexe avec la dette sanctionnée, ou abuserait de sa crainte pour lui arracher des engagements excessifs (1).

3. — La crainte est fondée toutes les fois que le mal, dont le sujet est menacé, lui apparaît supérieur à celui qu'entraîne la conclusion du contrat. Il en est

(1) Arrêt de la Haute-Cour d'Autriche du 21 oct. 1908, Slg. Glaser-Unger XI, 4348. Une solution analogue est donnée par la Cour de Cassation française (Civ. 9 avril 1913, D. P. 1917, 1, 103). Voir aussi art. 30, al. 2 du Code suisse.

ainsi, par exemple, dans le cas où la vie ou la liberté du sujet contractant, ou d'un de ses proches parents, est mise en cause.

L'élément subjectif joue un rôle considérable. Pour apprécier si la crainte est fondée, il faut tenir compte du caractère et du tempérament (personnalité psychologique) du sujet, de son état d'esprit à l'époque de la contrainte, etc...

ERREUR ET DOL

L'erreur, représentation inexacte ou incomplète qu'on se fait de la réalité, lorsqu'elle a été provoquée par un fait étranger ou inconnu à l'autre partie à l'époque de la conclusion de la convention, n'influe point sur la validité de l'engagement.

La notion de l'erreur, selon le projet, est donc plus restreinte qu'en droit français. Elle se rapproche beaucoup de la notion du dol. Certainement ces deux notions sont voisines, mais elles ne se confondent pas. En effet, pour qu'il y ait dol, il faut qu'une partie se soit servie de manœuvres frauduleuses. Au contraire, pour qu'il y ait erreur, il suffit que l'autre partie ait été, à l'époque de la conclusion de la convention, au courant de l'erreur commise ou que ce fût elle qui, sciemment ou inconsciemment, par ses actes ou ses paroles, l'ait provoquée.

Nous examinerons, par conséquent, séparément l'erreur et le dol.

ERREUR. — Toute erreur n'est pas prise en considération par le projet yougoslave. On n'en tient compte que lorsqu'elle est d'une certaine gravité, c'est-à-dire lorsqu'elle porte sur un élément essentiel de la convention.

Sont à considérer comme erreurs essentielles :

1° L'erreur sur la personne de l'autre contractant (*error in persona*);

2° L'erreur sur l'objet de la convention (*error in corpore*);

3° L'erreur sur la nature de la convention (*erreur in negotio*);

4° L'erreur sur la cause de la convention (*error in causa*).

1. — L'erreur sur la personne peut porter soit sur l'identité même de la personne, soit sur une de ses qualités seulement.

Cette erreur est essentielle lorsqu'il résulte des circonstances que celui qui l'a commise n'aurait pas contracté s'il avait agi en pleine connaissance de cause.

L'erreur sur l'identité de la personne sera surtout invoquée à propos des conventions à titre gratuit; au contraire, l'erreur sur une de ses qualités à propos des conventions à titre onéreux conclues *intuitu personae*, comme par exemple les conventions de société ou de mandat.

2. — *Error in corpore* peut porter, non seulement sur l'identité de l'objet, mais aussi sur une de ses qualités. L'erreur sur l'identité de la chose est toujours

essentielle. L'erreur sur une qualité de la chose est essentielle seulement lorsqu'il résulte des circonstances que la partie n'aurait pas contracté si elle n'avait pas commis cette erreur. Il s'agit, par conséquent, d'une question de fait que le juge du fond apprécie souverainement.

3. — *Error in negotio*. Le projet ne parle que de l'erreur *in persona* et de l'erreur *in corpore*, mais il n'en résulte nullement qu'il écarte, *ipso facto*, l'existence de toute autre erreur. Il faut, en effet, admettre que le projet, ici aussi, suit la tradition du droit autrichien, puisqu'il n'a en rien changé les articles consacrés à l'erreur dans le Code autrichien.

Nous admettons, par conséquent, l'*error in negotio* qui consiste dans la fausse représentation qu'on se fait de la nature de la convention conclue. Cela arrive lorsqu'on se trompe sur le rapport causal entre la prestation à fournir et la prestation à recevoir.

4. — Enfin, l'*error in causa* porte sur le rapport causal. De cette explication il résulte que toute erreur *in negotio* est une erreur *in causa*. Mais comme la notion de cause dépasse quelquefois la notion de la contre-prestation, on réserve le nom d'*error in causa* à l'erreur qui n'est pas comprise dans la notion de l'*error in negotio*. L'héritier, par exemple, qui, en vertu d'une clause du testament, vend un objet de l'héritage pour un prix insignifiant, invoquera l'erreur *in causa* s'il découvre un second testament, postérieur en date, qui l'en décharge.

EFFETS DE L'ERREUR. — Lorsque l'erreur essentielle

a été provoquée par un fait provenant de l'autre partie ou lorsqu'elle lui a été connue à l'époque de la conclusion du contrat, la partie qui l'a commise est autorisée à demander l'annulation du contrat.

Le projet ne nous dit pas dans quel délai cette action en annulation se prescrit et cela parce que le Code autrichien, dont le plan est accepté par le projet, n'en parle qu'à propos du chapitre consacré à la prescription, chapitre qui, à l'heure actuelle, n'est pas encore rédigé par la Commission yougoslave chargée de la rédaction. Il est pourtant probable que le projet consacrera la solution de l'article 1487 du Code autrichien suivant lequel l'action en nullité se prescrit par le délai de trois ans à partir du jour de la conclusion du contrat.

Tout ceci prouve que la nullité pour cause d'erreur est de la catégorie des nullités relatives, et que le projet, une fois de plus, s'écarte de la tradition romaine. Il n'y a là rien de surprenant, surtout lorsqu'on se rappelle qu'entre la notion que le projet se fait de l'erreur et la notion du dol, la différence n'est que de degré, et que la nullité qui frappait la convention entachée de dol était déjà en droit romain une nullité relative : *in integrum restitutio*.

DOL. — On est en présence d'un dol lorsqu'une partie donne sciemment de fausses indications ou fait usage de manœuvres frauduleuses pour induire l'autre partie en erreur. L'idée de dol implique donc un élément délictuel.

Quant à la sanction, le projet ne proclame pas d'une façon générale la nullité de la convention entachée de dol. L'article 874 déclare seulement que la partie coupable sera obligée de dédommager la victime. Mais comme *in integrum restitutio* est le plus souvent la meilleure satisfaction, la nullité de la convention sera presque de règle. Seulement lorsque l'erreur provoquée est peu considérable, la satisfaction consistera dans le dédommagement pécuniaire. Et c'est ainsi que le projet a consacré la distinction traditionnelle entre le dol principal et le dol incident.

LESION

La lésion, préjudice résultant de la disproportion de valeur entre la prestation offerte et la contre-prestation obtenue ou à obtenir, est admise par le projet dans les deux cas suivants :

1° Lorsqu'une partie a abusé de la légèreté, des nécessités, de l'inexpérience ou de l'émotion de l'autre partie (art. 879);

2° Lorsque la partie lésée ignore que la valeur de la contre-prestation est inférieure à la moitié de la prestation qu'elle a fournie ou doit fournir.

La première hypothèse est une extension de la notion de dol ou de violence; la seconde, au contraire, bien qu'elle suppose une erreur, ne peut pas être considérée comme une extension pure et simple de cette erreur. On se rappelle, en effet, que la notion d'erreur, vice de

volonté, suppose la coexistence de deux éléments : d'une part, l'erreur proprement dite; d'autre part, le rôle de l'autre partie contractante dans la création de cette erreur. On peut se passer de ce dernier élément dans la lésion. Le projet exige seulement que l'erreur sur le rapport des prestations à échanger soit d'une certaine importance, c'est-à-dire dépasse la moitié de la valeur.

LÉSION RÉSULTANT D'UN ABUS DE LA LÉGÈRETÉ, DE LA NÉCESSITÉ, DE L'INEXPÉRIENCE, DE L'ÉMOTION D'UN CONTRACTANT. — Comme nous l'avons dit tout à l'heure, cette forme de lésion peut être considérée comme une extension de la notion de dol ou de violence. Bien que la contre-partie n'ait pas usé de la violence proprement dite ou du dol qualifié à l'égard de son cocontractant pour lui extorquer des promesses exagérées, elle a cependant abusé d'un état d'esprit assez semblable à celui que l'on provoque par la violence ou le dol. Toutefois, cette attitude étant moins déloyale que celle de la violence ou du dol, il est tout naturel d'annuler la convention seulement lorsque le préjudice causé par la convention est d'importance appréciable. C'est également ce qui décide l'article 879 qui accorde à la victime de ce quasi-dol ou de cette quasi-violence l'action en nullité uniquement lorsque la valeur pécuniaire de la prestation reçue ou à recevoir est « dans une disproportion manifeste avec la prestation qu'elle a fournie ou qu'elle doit fournir ».

La lésion fondée sur l'abus relatif à la légèreté,

l'inexpérience, etc., est, dans le projet yougoslave, traitée, non pas dans la partie consacrée aux vices du consentement, mais contrairement à ce qu'on pourrait attendre, dans la partie qui s'occupe de l'objet illicite et immoral. C'est fort important à retenir, car du moment que les conventions entachées de ces vices sont qualifiées d'immorales, il faut leur appliquer toutes les conséquences attachées aux conventions immorales, ce qui revient à dire qu'elles sont nulles d'une nullité absolue. Il arrive donc que, selon cette disposition technique du projet, la victime d'un dol ou d'une violence sera bien moins énergiquement protégée que la victime d'un quasi-dol ou d'une quasi-violence. Il est à désirer que cette disposition soit modifiée (1).

LÉSION D'OUTRE-MOITIÉ. — Lorsqu'une des prestations échangées ou à échanger a une valeur inférieure à la moitié de la contre-prestation, la partie lésée a

(1) Cette façon de concevoir la lésion a été suggérée aux rédacteurs par le Code civil allemand qui, dans l'art. 138, dit : « Un acte juridique qui porte atteinte aux bonnes mœurs est nul. — Est nul un acte juridique par lequel quelqu'un, en exploitant le besoin, la légèreté ou l'inexpérience d'autrui, obtient pour lui ou pour un tiers, qu'en échange d'une prestation ou promesse on fournisse des avantages patrimoniaux qui excèdent de telle sorte la valeur de la prestation, qu'en tenant compte des circonstances, ces avantages soient dans une disproportion choquante par rapport à la prestation. » Les rédacteurs auraient mieux fait de s'inspirer du Code suisse des obligations (art. 21) qui rapproche la lésion des vices de volonté : « En cas de disproportion évidente entre la prestation promise par l'une des parties et la contre-prestation de l'autre, la partie lésée peut, dans le délai d'un an, déclarer qu'elle résilie le contrat et répéter ce qu'elle a payé, si la lésion a été déterminée par l'exploitation de sa gêne, de sa légèreté ou de son inexpérience. Le délai d'un an court de la conclusion du contrat. »

le droit d'exiger la rescision du contrat à condition toutefois qu'à l'époque de la convention elle ait été inconsciente de cette disproportion. Il s'ensuit que la partie lésée ne peut se prévaloir de la rescision, ni lorsqu'elle accepte d'acheter la chose tout en connaissant sa vraie valeur, ni lorsqu'elle déclare qu'elle achète la chose à raison de sa prédilection, ni enfin, comme le dit le projet, lorsqu'elle renonce expressément à invoquer la lésion (1).

Il n'y a pas non plus rescision lorsqu'il résulte des relations entre les contractants qu'ils ont voulu conclure une convention à la fois gratuite et onéreuse.

L'article 935 ajoute, enfin, que la rescision n'est pas accordée toutes les fois que la valeur de la chose ne peut plus être déterminée ou lorsque la chose est achetée sur une enchère publique.

Le projet n'indique pas à qui incombe la charge de la preuve. Il faut pourtant admettre, puisque c'est aussi la solution du droit autrichien, que l'erreur se présume et que c'est à l'autre partie de prouver son inexistence.

Remarquons également que l'autre partie a le droit de paralyser la rescision en offrant de payer la différence entre le prix convenu ou payé et le vrai prix de la chose au moment où la convention a été conclue.

(1) Selon la jurisprudence autrichienne, la rescision est également écartée lorsque la restitution de la chose est devenue impossible (arrêt de H. C. du 5 mars 1872, Slg. Unger-Glaser 4502), ce qui arrive toujours lorsque la prestation de la partie lésée consiste en un *facere* (arrêt de H. C. du 9 juillet 1901, Slg. Glaser-Unger V, 2176).

Cette rescision admise par le projet nous rappelle la rescision de l'article 1674 du Code français. Et comme ces deux lésions remontent à la même source, à savoir la constitution de l'Empereur Dioclétien (1), il n'est pas sans intérêt d'en esquisser la comparaison.

1° Rappelons, tout d'abord, que le projet accorde la rescision non seulement pour la lésion résultant de la vente mais, qu'en principe, il le fait pour toute lésion qui résulte d'un contrat synallagmatique à titre onéreux. Le Code civil français, on le sait, n'accorde la rescision que pour la lésion résultant de la vente d'une chose immobilière;

2° De plus, le projet ne fait pas de distinction entre les parties : l'action en rescision est accordée à la partie lésée quelle qu'elle soit. Le Code civil français, au contraire, n'accorde ce bénéfice qu'au vendeur;

3° Même le taux de la lésion qui, selon le Code civil français, est fixé à sept douzièmes diffère de celui du projet fixé à plus de moitié;

4° Cette différence s'accentue encore lorsqu'on constate que le projet n'accorde à l'autre partie le droit de paralyser l'action en rescision qu'à condition de payer toute la différence entre le prix stipulé et le vrai prix de la chose. Le Code civil français, au contraire, autorise à déduire de cette différence le dixième du prix total;

5° Enfin, le projet n'accorde pas la rescision dans le cas où la partie lésée était consciente de la lésion que

(1) C. IV 44, 2.

la conclusion du contrat lui cause. Le Code français, au contraire, l'accorde au vendeur « quand même il aurait expressément renoncé dans le contrat à la faculté de demander cette rescision... » (art. 1674).

CARACTERE POSSIBLE ET LICITE DE LA PRESTATION PROMISE

OBJET POSSIBLE. — Toute convention qui met à la charge de l'une des parties une obligation dont l'objet est impossible, est, selon le projet, nulle *ab initio*. En effet, quand une prestation est impossible, l'autre se trouve dépourvue de cause. Il n'en est plus de même lorsque la prestation est, en partie seulement, impossible, à condition toutefois qu'il ne se dégage de la convention qu'on outre-passe, par la réduction des obligations correspondantes, la volonté de l'une des parties intéressées (art. 878).

Il n'en est pas moins vrai que la partie qui connaissait ou devait connaître l'impossibilité de l'objet reste responsable vis-à-vis de l'autre « à laquelle on ne peut reprocher aucune négligence coupable », puisque les parties, dès qu'elles se décident à contracter, se promettent implicitement une conduite loyale.

L'article 880 étend ces dispositions également à l'impossibilité survenue après la conclusion du contrat par la mise hors du commerce de l'objet stipulé.

CARACTÈRE ILICITE ET IMMORALE DE LA CONVENTION.
— L'article 879 déclare nulle toute convention con-

traire aux dispositions de la loi ou aux bonnes mœurs.

Préoccupé surtout par les conventions illicites, le projet déclare nul :

1° Toute convention de courtage matrimonial;

2° L'achat de la chose litigieuse par l'avocat auquel elle a été confiée. Cette disposition est motivée par la préoccupation des rédacteurs d'empêcher l'avocat d'abuser de sa situation pour acquérir, à vil prix, la chose litigieuse. En effet, il est à craindre que l'avocat présente sous un jour défavorable l'affaire à son client afin de s'emparer de la chose. La prohibition est donc très spéciale, elle ne s'étend qu'aux choses litigieuses qui ont été confiées aux soins de l'avocat. Cette prohibition du projet, comme on le voit, est sensiblement plus restreinte que celle de l'article 1597 du Code civil français;

3° L'aliénation d'un droit successoral pendant la vie de la personne à qui l'on espère succéder;

4° Toute convention où l'une des parties a abusé de la légèreté, des nécessités, de l'inexpérience ou de l'émotion de l'autre partie pour se faire promettre ou donner une prestation dont la valeur dépasse de beaucoup la valeur de celle donnée en échange. Cette disposition a été d'ailleurs expliquée à propos de la lésion;

5° Toute promesse par laquelle on s'oblige à ne participer ni à une enchère publique, ni à enchérir au delà d'une somme déterminée, ni, enfin, à enchérir selon un mode arrêté d'avance.

En ce qui concerne l'objet immoral de la convention, il y a lieu de se demander sur quoi doivent porter les investigations du juge : doit-il prendre en considération seulement le contenu réel de la convention, ou bien devrait-il aller au-delà et, se plaçant au point de vue de la morale actuelle, tenir compte des motifs en vertu desquels la conscience collective déclare un acte immoral? En d'autres termes, le projet est-il partisan d'une conception théorique abstraite, comme le Code français, ou bien n'accepte-t-il pas le criterium concret et variable de l'appréciation des actes au point de vue de leur moralité à l'exemple du Code allemand? C'est sans doute cette dernière qu'il accepte puisque, au lieu de dire « est nulle toute convention dont la cause est immorale », il dit : « est nulle toute convention contraire aux bonnes mœurs » (1).

STIPULATION POUR AUTRUI

Les conventions ne produisent d'effets en principe qu'entre les parties contractantes. A l'égard des tiers elles sont *res inter alios acta*, qui ne peuvent ni leur nuire ni leur profiter.

Ce principe, qui nous vient du droit romain, subit quelques exceptions parmi lesquelles celles des articles 881 et 882 qui permettent la stipulation pour autrui est, sans doute, la plus importante.

(1) Ceci est également confirmé par le fait que les rédacteurs, en rédigeant cet article, s'inspiraient du Code allemand, voir p..., note.

Bien que la prestation soit stipulée au profit d'un autre que le co-contractant, le promettant reste, à condition que la convention ne soit pas nulle pour une autre raison comme, par exemple, l'objet illicite ou l'absence des formes prescrites par la loi, tenu d'exécuter son obligation.

Mais quelle est la structure de la stipulation pour autrui? Envers qui, de quoi, et comment est vraiment tenu le promettant? Afin de résoudre ce problème juridique, il est nécessaire d'envisager séparément le rapport entre le promettant et le stipulant, d'une part, et le rapport entre le promettant et le tiers bénéficiaire, de l'autre.

RAPPORT JURIDIQUE ENTRE LE PROMETTANT ET LE STIPULANT. — Suivant l'article 881, celui qui a passé une stipulation en vue d'en faire bénéficier un tiers, peut exiger du promettant l'exécution de sa promesse.

Le stipulant qui par la convention passée avec le promettant acquiert le droit de poursuite contre celui-ci est, on le voit bien, indiscutablement son créancier. Toutefois il importe de nous rendre compte des limites du contenu de sa créance.

Supposons une convention qui met à la charge du promettant une obligation de donner, c'est-à-dire de transférer la propriété d'une chose, la question est alors de savoir si le stipulant doit être considéré comme créancier ou non de cette chose. Sûrement non, car, n'ayant le droit ni de recevoir ni d'exiger qu'on lui fournisse cette chose, il ne peut pas être

considéré comme créancier de celle-ci. Sa créance, aux termes de l'article 881, alinéa 1, n'est constituée que par le droit d'exiger que le promettant fournisse son exécution au tiers, c'est-à-dire d'exiger l'extinction de l'obligation à l'égard du tiers. Ainsi la créance du stipulant n'est qu'une créance de *facere*.

Cependant, cette qualification de la créance du stipulant n'est pas seulement, comme on pourrait le croire, d'un intérêt théorique, mais encore et surtout d'un intérêt pratique. En effet, si le stipulant est créancier d'une obligation de faire qui a pour objet le droit d'exiger l'extinction de la créance du bénéficiaire, il faut lui refuser le droit de poursuivre le promettant en cas de vice juridique ou physique de la chose fournie.

RAPPORT JURIDIQUE ENTRE LE PROMETTANT ET LE BÉNÉFICIAIRE. — La nature de l'obligation dont le promettant est tenu à l'égard du bénéficiaire ne peut être déterminée que par l'explication et la combinaison méthodique de l'article 882 et de l'article 881, alinéas 1 et 2.

Art. 882. — « Si le tiers (bénéficiaire) renonce au droit acquis par lui en vertu de la convention, il est réputé ne l'avoir jamais acquis.

« Le promettant a le droit de se prévaloir vis-à-vis du tiers de toutes les exceptions *ex contractu*. »

Art. 881, al. 1 et 2. — « Pour déterminer, d'une part, si le tiers acquiert le droit de poursuite contre le promettant, et, d'autre part, dans l'affirmative,

pour fixer le moment à partir duquel il pourra l'exercer, il faut se référer, à la fois, aux dispositions, à la nature ou au but de la convention. En cas de doute on ne lui accordera ce droit que si la prestation est stipulée surtout à son avantage.

« Le droit à la prestation promise par l'acquéreur d'un bien est, sauf convention contraire, acquis par le tiers bénéficiaire au moment où l'acquéreur-promettant a obtenu la tradition du bien. »

Il ressort de ces articles :

1° Que le tiers bénéficiaire devient créancier, sans y consentir, par le seul fait que le promettant s'oblige envers le stipulant à lui (au tiers) fournir une prestation. Sans doute le bénéficiaire a le droit de refuser la prestation. En la refusant il éteint rétroactivement son droit.

2° Que cette créance acquise au tiers sous condition résolutoire peut être tantôt civile, tantôt naturelle.

3° Que le promettant peut se prévaloir à l'égard du bénéficiaire des exceptions *ex contractu* qu'il a acquises contre le stipulant (exception *rei coherentes*). Ainsi il peut refuser l'exécution de sa promesse si le stipulant n'exécute pas son obligation (*exceptio non adimpleti contractus*) ou même demander la résiliation qui aurait pour effet d'éteindre, non seulement son obligation vis-à-vis du stipulant, mais encore à l'égard du bénéficiaire.

C'est seulement en tenant compte de ces effets qu'on s'aperçoit de toutes les difficultés auxquelles on se

heurte lorsqu'on cherche à donner une explication juridique de la stipulation pour autrui.

On pourrait tout d'abord songer que cette opération s'analyse en une convention passée entre le stipulant et le promettant à laquelle s'associe, quelquefois, une manifestation unilatérale de volonté. Selon que cette manifestation de volonté se joint ou non à la convention, la créance du bénéficiaire serait civile ou naturelle. Malheureusement cette conception ne s'accorde guère avec le droit du promettant d'invoquer contre le bénéficiaire les exceptions qu'il a acquises contre le stipulant en vertu du contrat.

L'explication donnée au moyen de la théorie de l'offre est également inacceptable, puisqu'elle se heurte à la disposition du projet suivant laquelle le droit du bénéficiaire naît indépendamment de son acceptation.

Quant à la théorie de la gestion d'affaire, elle impliquerait chez le stipulant la volonté d'agir au nom d'autrui, ce qui lui donnerait le droit au remboursement des dépenses utiles ou nécessaires, et, du même coup, lui enlèverait le droit de révoquer les actes qu'il a entrepris pour le compte d'autrui. Or, ceci est tout à fait contraire à l'esprit du projet.

Il faut donc, semble-t-il, abandonner toutes ces tentatives qui s'efforcent de réduire la stipulation pour autrui à une institution plus simple, et la considérer, par suite, comme une donnée originale et irréductible, c'est-à-dire considérer l'obligation du promettant à l'égard du tiers bénéficiaire comme une obligation

légale. Les rédacteurs du projet estiment donc qu'il est conforme à la bonne foi que celui qui, en échange d'une prestation obtenue ou à obtenir, s'engage à fournir une prestation à un tiers, soit directement tenu à son égard. A côté de l'obligation principale dont toute partie contractante est tenue vis-à-vis de l'autre, le promettant est chargé d'une obligation accessoire à l'égard du bénéficiaire. Cette obligation légale du promettant nous fait songer à l'obligation légale de garantie. En effet, le vendeur n'est-il pas tenu, à côté de l'obligation conventionnelle de transférer la chose, aussi d'une obligation légale de garantie? Le contenu de celle-ci ne se détermine-t-il pas aussi par celui de l'obligation principale?

FORME

On peut passer la conclusion d'un contrat oralement ou par écrit, devant le tribunal ou en dehors, en présence de témoins ou en leur absence. Cette différence de forme, conclut l'article 883, n'a, sauf dans les cas spécialement prévus par la loi, aucune influence sur la validité du lien obligatoire.

Le formalisme du droit romain n'a pas trouvé de place dans le projet yougoslave. Le *nudus consensus* y suffit pour fonder une obligation civile valable. Dans les cas peu nombreux, prévus par la loi, exceptionnels par conséquent, l'observation d'une forme est exigée. Il en est de même des hypothèses où les parties ont

convenu que la convention ne sera parfaite tant qu'une forme déterminée n'aura pas été observée.

La sanction de l'omission de la forme n'est pas, comme on pourrait s'y attendre, la nullité de la convention. En effet, si on se réfère à l'article 1432 du projet, on lit qu'on ne peut pas « répéter le paiement d'une dette non valable uniquement à raison d'absence de forme ». Donc, l'inobservation des formes prescrites n'a pour effet que d'enlever à la dette le caractère de l'obligation civile, puisque le *nudus consensus* fait naître, dans notre hypothèse, une dette naturelle (1).

On voit combien le rôle de la forme est réduit dans le projet. On s'en convaincra encore davantage lorsqu'on constate que le projet ne connaît pas les formes dites *ad probationem*. Il n'y a rien dans le projet qui nous rappellerait l'article 1341 du Code civil français.

En principe, comme nous venons de le dire, l'écrit n'est pas nécessaire ni *ad solemnitatem* ni *ad probationem*, mais dès qu'il est dressé on ne peut plus rien prouver contre ou outre son contenu. Il n'est donc pas permis, au dire de l'article 887, d'invoquer les pourparlers oraux contemporains ou antérieurs à la confection de l'écrit qui vont à son encontre ou le dépassent.

Ne nous méprenons pas toutefois sur la portée véritable de l'article 887. C'est aux pourparlers qui précèdent ou accompagnent la convention qu'il fait allu-

(1) Voir cependant l'arrêt de la Haute-Cour du 22 janvier 1908, Slg. Glaser-Unger XI, 4099 qui déclare qu'on ne peut pas invoquer une dette nulle à raison de l'inobservation des formes.

sion, et ne préjudicient nullement aux conventions indépendantes passées à cette époque.

De plus, la prohibition de l'article 887 ne vise que les titres définitifs. Par conséquent, la punctuation — mémoire provisoire qui embrasse les points essentiels de la convention — étant hors de la catégorie de ces écrits définitifs, n'est pas soumise à cette prescription (1).

Revenons maintenant à l'acte écrit. Il doit, pour produire des effets normaux, être signé à la fois par les deux parties (art. 886). Il ne faut pourtant pas interpréter à la lettre cette disposition de l'article 886. La signature des deux parties ne doit figurer que dans les conventions qui les obligent l'une et l'autre, c'est-à-dire dans les conventions synallagmatiques parfaites. Au contraire, lorsqu'il s'agit des conventions unilatérales ou des conventions synallagmatiques imparfaites, une seule signature suffit, celle de la partie qui se charge de l'obligation.

De plus, le projet prévoit l'hypothèse qu'une partie est illettré ou incapable d'écrire en décidant qu'il suffit que la partie donne son signe de main (croix) sur l'écrit devant deux témoins dont l'un écrit le nom de l'illettré. L'illettré ou incapable d'écrire peut aussi faire légaliser son signe par le tribunal ou par le notaire.

(1) Malgré toutes ces restrictions, l'article 887 reste fort gênant. Il serait à souhaiter que le législateur, à l'exemple des Nouvelles, le supprime.

SOLIDARITE

L'obligation solidaire — passive lorsque plusieurs personnes, toutes en qualité de débiteurs principaux, se chargent de la même dette, active lorsque plusieurs personnes, chacune pour la totalité, sont créancières d'une seule dette — a pour but d'augmenter la probabilité d'exécution des engagements contractuels.

Mais, tandis que le rôle de la solidarité passive s'accroît de plus en plus, avec le développement considérable du commerce et de la circulation, l'importance de la solidarité active, au contraire, dégénère de jour en jour. Il n'est d'ailleurs point difficile d'en saisir les raisons. La solidarité active, si on se souvient de son origine, n'était qu'un expédient destiné à remédier à la prohibition de la représentation. Or, le jour où celle-ci fut admise, il allait de soi que son importance devait diminuer. Il n'en fut pas de même de la solidarité passive, car, loin d'être seulement un palliatif à la prohibition de la représentation, elle était un des modes les plus efficaces pour la consolidation de la dette.

Passons maintenant à la structure de la dette solidaire. On sait que deux conceptions de la solidarité sont possibles, l'une, celle de la corréalité, et l'autre, celle de la solidarité proprement dite. Selon la première, il n'y a qu'une seule dette accompagnée de plusieurs liens personnels, selon la deuxième, au contraire, il y a plusieurs dettes, toutes se réduisant à une seule prestation.

Le projet yougoslave connaît-il les deux conceptions à la fois? ou bien, s'il ne les connaît pas, quelle est la sienne?

Contrairement à ce qu'on pourrait croire, il est très aisé de répondre à la première question, par le fait que le projet yougoslave n'a rien changé sur ce point au Code autrichien, composé à l'époque où cette distinction ne s'est pas encore fait jour dans la doctrine. Par conséquent, le projet yougoslave ne connaît qu'une seule conception de la solidarité.

Mais ne faut-il pas déterminer quelle est la conception qu'il a implicitement admise?

On pourrait tout d'abord soutenir (1) que c'est celle de la pluralité des obligations qu'il admet, en invoquant les deux considérations suivantes en faveur de cette thèse :

1° Que la dette solidaire ne s'éteint à l'égard de tous les co-débiteurs que par le paiement ou les modes qui lui sont équivalents;

2° Que l'article 896 admet le droit de recours. En effet, ne faut-il pas voir dans ce droit d'exiger que la dette soit supportée par tous les co-débiteurs une simple application de l'action résultant de la *negotiorum gestio*? Le fait que le débiteur qui paie est considéré à l'égard de ses co-débiteurs comme un gérant d'affaires, prouve, selon l'avis de certains auteurs, qu'on est en présence de plusieurs dettes.

(1) Krainz : System. II, 42 (§ 305).

La seconde conception (1) qui estime qu'il n'y a qu'une seule dette avec plusieurs liens personnels soutient qu'entre les éléments personnels et impersonnels dont toute obligation est constituée, l'élément impersonnel est le seul qui fait l'être, constitue l'individualité de l'obligation. Cette théorie est singulièrement corroborée par le fait que le projet admet aussi bien la cession de dette que la cession de créance. Il n'y aura donc, au dire de cette seconde conception, qu'une seule obligation, car il n'y a qu'un seul *substratum impersonnel*.

Sans nous préoccuper davantage de cette question théorique, passons à l'étude de la solidarité.

A. — SOLIDARITE ACTIVE

La solidarité active met en face d'un débiteur plusieurs créanciers ayant des droits égaux. Mais, puisque chacun d'entre eux est créancier de toute la prestation et que le paiement fait à l'un d'entre eux libère le débiteur à l'égard de tous, il est nécessaire de déterminer :

1° A quel moment il faut considérer que la créance solidaire se fixe sur la personne d'un des co-créanciers?

2° Quel effet il faut attribuer à la mise en demeure d'un des co-créanciers?

(1) Hasenoechl: *Das österreichische Obligationsrecht* I, p. 107 et suiv.

3° Quels sont les effets des différents modes d'extinction de la dette?

4° Suivant quels principes est réglé le droit de recours entre les créanciers solidaires?

1. — En principe, le débiteur peut être poursuivi par n'importe lequel des créanciers. Il est donc impossible de connaître d'avance quel est le créancier qui obtiendra le paiement. Deux événements mettent fin à cette incertitude :

a) L'avertissement extrajudiciaire ou l'action en justice par lesquels un des créanciers manifeste sa volonté d'être payé. Du moment qu'un de ces deux actes est intervenu, le débiteur ne paie plus valablement qu'entre les mains du créancier agissant. Par un de ces actes, le créancier concentre tous les droits entre ses mains. Par conséquent, les autres créanciers ne peuvent plus poursuivre le débiteur devant le tribunal ni l'obliger à payer entre leurs mains.

Ce droit de prévention qui ressemble singulièrement au droit d'occupation (on le baptise quelquefois de ce nom) est d'origine romaine. Il remonte, en effet, à la procédure formulaire et s'explique par les effets bien connus de la *litis contestatio*. S'il a survécu à la disparition de la *litis contestatio*, ce n'est pas sans doute sans raison, car il protège le débiteur contre des poursuites multiples.

b) Le débiteur dont la dette est devenue exigible est autorisé, d'autre part, avant d'être poursuivi, à

s'adresser à l'un des co-créanciers et à lui offrir le paiement.

2. — Après avoir constaté le droit du débiteur d'offrir à l'un des co-créanciers le paiement et de le mettre en demeure, il convient d'examiner quelle répercussion aura cette mise en demeure sur ses rapports avec les autres créanciers. Au sens du projet, la mise en demeure d'un co-créancier équivaut à la mise en demeure de tous : il serait, en effet, bien peu raisonnable d'exiger que le débiteur mette tous les co-créanciers en demeure pour obtenir le droit à la consignation. Le débiteur pourra donc demander, en vertu d'une seule mise en demeure, l'autorisation de consigner en se déchargeant ainsi de l'obligation. Il déposera alors au nom du créancier mis en demeure ou au nom de tous les co-créanciers s'il le désire.

3. — Tous les modes d'extinction ne produisent pas les mêmes effets sur la créance solidaire. Les uns éteignent l'obligation à l'égard de tous, les autres n'ont que des effets limités, ils l'éteignent seulement à l'égard de l'un d'entre eux.

Selon l'avis généralement partagé, le paiement, la *datio in solutum*, la consignation et la novation ont pour effet d'éteindre l'obligation du débiteur vis-à-vis de tous les co-créanciers.

La compensation, d'après le projet, n'opère pas automatiquement; pour produire des effets, il faut qu'elle soit invoquée. Et si le débiteur est poursuivi par le créancier qui est en même temps son débiteur,

il peut valablement se prévaloir de la compensation. Si, au contraire, le débiteur est poursuivi par un autre, il ne peut plus invoquer la compensation, car cela équivaldrait à un paiement effectué entre les mains d'un autre créancier que le créancier poursuivant. Nous savons, d'ailleurs, que la demande d'un créancier concentre le droit entre ses mains et que le débiteur dès alors ne peut se libérer qu'en payant à lui seul.

Du fait que tout créancier est autorisé à accepter le paiement de la dette, il ne résulte nullement qu'il a le droit d'en faire remise au débiteur. S'il en était ainsi, il faudrait admettre également qu'il est autorisé à céder le droit de ses co-créanciers à un tiers.

La question change d'aspect lorsque la remise intervient après la mise en demeure du débiteur, car cette mise en demeure concentre le droit sur sa tête et il est alors le maître de la créance.

L'exécution d'une obligation peut être rendue impossible à l'égard de l'un, ou à l'égard de tous les co-créancier. Dans le premier cas, l'obligation persiste à l'égard des autres; dans le deuxième, elle est éteinte à l'égard de tous. A cette seconde hypothèse, il faut assimiler le cas fortuit ou le cas où l'obligation est devenue impossible à cause d'une faute commise par l'un des co-créanciers.

La confusion n'est pas, à proprement parler, un mode d'extinction des obligations, c'est plutôt un empêchement : une personne ne peut être son propre créancier. Puisque la solidarité active suppose la plu-

ralité des créanciers, il faut admettre que le créancier-successeur peut être poursuivi par ses co-créanciers. Il en est, en effet, ainsi dans tous les cas, sauf lorsque le créancier-successeur a acquis, par l'exercice du droit de prévention, antérieure à l'accomplissement de la confusion, le droit à la prestation.

La durée de la prescription est en général la même pour tous les co-créanciers. Par conséquent, c'est à la même époque que la dette s'éteint vis-à-vis de tous. Lorsqu'il n'en est pas ainsi, et cela peut arriver, soit parce que le droit de l'un d'eux est susceptible d'être exercé avant celui des autres, soit parce que la prescription étant suspendue en faveur d'un seul, — sa créance survit à celles des autres. Il en est de même en cas d'interruption faite par l'un des co-créanciers, car le projet rejette toute idée de représentation mutuelle (1).

4. — Enfin, le créancier qui a touché le montant de la créance, doit-il en rendre compte aux autres? L'article 895 du projet décide à cet égard qu'il faut rechercher tout d'abord si les co-créanciers sont liés par une convention. En absence de tout accord semblable, la prestation touchée reste acquise au créancier le plus diligent, il n'a alors aucun compte à rendre à ses co-créanciers.

(1) Sig. Glaser-Unger 2769 et 12052.

B. — SOLIDARITE PASSIVE

A propos de la solidarité passive, c'est-à-dire de celle qui permet à un créancier ayant plusieurs débiteurs d'une même dette de réclamer à un, à plusieurs ou à la totalité de ceux-ci le montant intégral de sa créance, un certain nombre de questions se posent :

1° A quel moment le créancier perd-il son droit de choisir entre les co-débiteurs solidaires?

2° Quelles sont les répercussions de la mise en demeure, d'une part, et de la faute, d'autre part, vis-à-vis des autres co-débiteurs?

3° Quels effets faut-il attribuer aux différents modes d'extinction?

4° Comment la question de recours est réglementée par le projet?

1. — Contrairement à ce qu'il a admis à propos de la solidarité active, le projet refuse de consacrer le principe de la prévention dans la solidarité passive.

Il est donc laissé au choix du créancier de poursuivre tour à tour tous les co-débiteurs jusqu'à ce qu'il obtienne une satisfaction complète. Si la convention, le jugement, le testament ou la loi ne prévoient aucun ordre à observer, il peut s'adresser à n'importe quel débiteur, ou même les poursuivre tous à la fois. Dans cette dernière hypothèse, il ne peut demander qu'une partie de la dette à chacun, puisqu'il ne lui est pas permis d'obtenir plus qu'il n'a droit. Aussi,

lorsqu'il a commencé à poursuivre l'un des co-débiteurs pour la totalité, il ne peut plus poursuivre les autres. Mais s'il arrête la poursuite contre le premier ou s'il n'obtient qu'un paiement partiel, rien ne l'empêche de se retourner contre les autres et de leur demander de payer le reste de ce qui lui est dû. Remarquons, en outre, que le créancier qui arrête sa poursuite contre un débiteur, ne perd pas le droit de reprendre son action.

Un seul événement enlève au créancier son droit d'élection, c'est la mise en demeure faite par l'un des co-débiteurs (*mora creditoris*). Alors, tant qu'il est en demeure, il n'a plus droit de se retourner contre les autres.

2. — Les débiteurs d'une obligation à terme sont mis en demeure par la seule arrivée du jour prévu (*dies interpellat pro homine*). Cette demeure automatique, faute de clause spéciale, commence à courir le même jour à l'égard de tous.

Quant à l'obligation non accompagnée de terme, la mise en demeure ne produit que des effets isolés, car les co-débiteurs ne se représentent pas.

Ce qui est vrai pour la demeure, l'est au même titre pour la responsabilité à raison de la faute commise par l'un des co-débiteurs. Si donc la chose périt par la faute de l'un d'eux ou pendant qu'il se trouve en demeure, cette perte sera considérée comme un cas fortuit à l'égard des autres co-débiteurs.

3. — Tous les modes d'extinction des obligations ne produisent pas les mêmes effets.

Le paiement, la *datio in solutum*, la consignation et la novation (1) éteignent la dette vis-à-vis de tous.

La compensation produit les mêmes effets que les modes précédents lorsqu'elle est opposée au créancier commun par le titulaire de la créance invoquée. Au contraire, l'existence d'une créance compensable au profit d'un débiteur ne donne pas droit aux autres co-débiteurs de l'invoquer. Cette solution s'explique, d'une part, par le fait que le projet n'a pas consacré la compensation légale et, d'autre part, parce qu'il a refusé toute représentation mutuelle en matière de solidarité.

Les effets de la remise de dette dépendent du caractère de celle-ci. La remise subjective, c'est-à-dire remise accordée exclusivement à l'un des débiteurs, ne profite pas aux autres co-débiteurs. La remise rédigée en termes généraux, la quittance pour le montant intégral, la cession de créance faite à l'un des co-débiteurs équivaut à la remise accordée à tous.

La confusion tenant uniquement à l'impossibilité d'être à la fois créancier et débiteur de la même obligation, ne produit aucun effet à l'égard des autres

(1) Arrêt de la Haute-Cour du 21 juin 1887, Slg. Glaser-Unger 12519.

co-débiteurs. Ils restent, par conséquent, tenus de la dette (1).

Quant à la prescription, il n'y a rien à ajouter à ce qui a été dit précédemment à propos de la solidarité active.

Il reste enfin à examiner l'effet produit par un jugement intervenu entre le créancier et l'un des débiteurs vis-à-vis des autres co-débiteurs. Il s'agit en effet de savoir, d'une part, si le créancier, en poursuivant un second débiteur, peut se prévaloir du jugement qui a condamné le premier, et si, d'autre part, le débiteur peut opposer à son créancier le jugement acquis par un co-débiteur. Le projet ne contenant aucune disposition à ce sujet, il faut admettre, puisqu'il refuse toute idée de mandat entre les co-débiteurs, que le jugement ne peut être invoqué ni pour le créancier, ni contre lui, et produit, par conséquent, effet seulement entre les parties litigantes.

4. — Il reste encore la question du recours. L'article 896 décide à cet égard que la dette, en l'absence d'un accord spécial, doit être divisée en parts égales entre tous les co-débiteurs. Ainsi le débiteur qui a payé le montant total de la dette ou seulement une partie supérieure à celle qu'il devait supporter, est autorisé à

(1) En ce sens, voir l'arrêt de la Haute-Cour du 7 décembre 1909, *Slg. Glaser-Unger* XII, 4816. Il serait peut-être plus conforme à la bonne foi de refuser au débiteur qui, grâce à la confusion, est devenu créancier de ses co-débiteurs les actions de l'ancien créancier et de le réduire, par conséquent, au droit de recours, c'est-à-dire d'assimiler, dans cette hypothèse, les effets de la confusion à ceux de la compensation.

se retourner contre les autres débiteurs pour obtenir la différence entre ce qu'il a payé et ce qu'il devait payer. Il est même subrogé de *plano* dans les actions et dans les droits du créancier désintéressé.

Enfin, l'insolvabilité d'un débiteur est supporté par tous les co-débiteurs proportionnellement à leurs parts.

ARRHES

Les arrhes, somme d'argent ou objet qu'une partie contractante remet à l'autre, servent d'après le projet :

1° De preuve que la convention est conclue, c'est-à-dire qu'on est sorti de la période des pourparlers.

Par conséquent, après la remise des arrhes le contractant ne pourrait prétendre se dégager du contrat sous le prétexte que celui-ci serait encore à l'état du projet;

2° De garantie que chacune des parties contractantes exécutera l'obligation dont elle s'est chargée. En effet, lorsqu'une partie n'exécute pas son obligation et ne peut pas prouver qu'un cas fortuit ou la faute de l'autre contractante l'en a empêché, la partie intéressée est autorisée, aux termes de l'article 908 du projet, à choisir :

Entre les droits accordés à tout créancier en cas d'inexécution;

Et le droit, soit de retenir les arrhes (si elles lui ont été remises), soit d'en exiger le double, à titre des dommages-intérêts (si c'est elle qui les avait remises).

Analysée de près, l'opération qui intervient entre le contractant qui remet les arrhes et le contractant qui les accepte, apparaît comme une convention accessoire mixte : mi-réelle et mi-consensuelle à la fois.

En effet, elle est accessoire parce qu'elle suppose une autre convention à laquelle elle sert de preuve et de moyen de garantie et sans laquelle, d'ailleurs, elle ne peut pas être conçue.

Quant à son caractère « réel » il nous est suggéré par ce fait que la convention ne se forme que par la remise de la chose, remise effective sans laquelle il n'y a pas de convention arrhale (1). C'est bien par ce côté qu'elle ressemble à la convention de gage sur laquelle s'est greffée une clause commissoire. A vrai dire, celui qui reçoit les arrhes est autorisé à les retenir à titre d'indemnité au cas où l'autre partie n'exécuterait pas son obligation, s'il trouve que c'est plus avantageux pour lui que de recourir à la protection ordinaire que la loi met à la disposition des créanciers (2).

Son caractère « consensuel » apparaît quand on se place au point de vue de la partie qui a accepté les arrhes. Celle-ci est obligée, en effet, en cas d'inexécution de l'obligation dont elle s'est chargée par la convention principale, non seulement de restituer les arrhes, mais aussi de fournir éventuellement une prestation de la même valeur. Par ce côté cette convention

(1) Arrêt de la Haute-Cour du 7 mai 1907, Slg. Glaser-Unger X, 3761.

(2) Il n'est pas nécessaire de prouver que l'inexécution cause un préjudice. Arrêt du 14 janvier 1897, Slg. Glaser-Unger 15940.

originale ressemble au prêt à intérêt. Ainsi que l'emprunteur d'argent à intérêt, le détenteur des arrhes s'oblige, lui aussi, à fournir, à côté de l'objet reçu, une prestation supplémentaire.

Enfin, il faut ajouter à ce qui précède que la convention principale n'est pas toujours une convention définitive, car il est admis que la convention arrhale peut se greffer sur un avant-contrat (1).

« MULCTA CONVENTIONALIS »

DEDIT

DÉFINITION. — Sous cette dénomination, il faut entendre la clause par laquelle une partie, quelquefois même toutes les deux, se réservent le droit de se désister de la convention moyennant le paiement d'une somme ou d'un objet déterminé.

EFFETS. — Les effets de cette clause se résument dans les deux faits suivants :

1° La partie qui s'est réservé le droit de retraite est autorisée, tant qu'elle n'a pas exécuté son obligation ou accepté la contre-prestation offerte par l'autre partie, à se retirer en payant le dédit stipulé. Remarquons que le paiement partiel, accepté ou fourni par la partie qui se réserve le droit de retraite, est assimilé au paiement intégral;

(1) Arrêt de la Haute-Cour du 19 novembre 1873, Slg. Glaser-Unger 5144.

2° Dans le cas où l'exécution est rendue impossible par la faute de la partie qui s'est réservé ce droit, le dédit stipulé sera considéré comme le forfait de l'indemnité (art. 911).

EXPLICATION DE CETTE CLAUSE. — Les auteurs considèrent l'obligation de la partie qui bénéficie de cette clause, tantôt comme une obligation alternative (1), tantôt comme une obligation facultative (2). Or, ces explications ne s'accordent point avec l'esprit de l'article 911.

D'après ce dernier, l'impossibilité provenant d'un cas fortuit éteint aussi bien le droit d'exiger l'exécution par équivalent que celui de demander le paiement du dédit. Cette solution serait vraiment inadmissible, si l'obligation de la partie qui s'est réservée le droit de retraite était une obligation alternative où toutes les deux prestations sont *in obligatione*.

Cet article s'oppose également à l'explication donnée par la *facultas alternativa*. En effet, toutes les fois que l'exécution est rendue impossible par une faute imputable à la partie qui s'est réservée le droit de retraite, le dédit stipulé est à considérer comme le forfait de l'indemnité. Or, si cette obligation était une obligation facultative, la partie intéressée aurait le droit de choisir entre le dédit stipulé et l'exécution par équivalent.

A l'appui de ces arguments résultant de l'article

(1) Voir : Arndts, *Lehrbuch der Pandekten*, § 211, et Madeyski *Ger. Zeit.*, n° 77, ex. 1880, note 206.

(2) Hasenoehtl, *Op. cit.* I, 519; Stubenrauch : *Commentar...* II, 94.

cité, nous pouvons ajouter que le débiteur qui se décide pour la retraite met fin à la convention, tandis que l'exercice du droit d'option accompli par le débiteur d'une obligation alternative, ou facultative, ne détruit point le *nexus* conventionnel. Si, pour la partie qui s'est réservée le droit de retraite, la dette était vraiment alternative ou facultative, elle aurait alors droit à la contre-prestation qui sert de cause à son engagement.

Puisque les explications données ne s'accordent pas avec l'esprit de notre institution, ne serait-il pas permis d'en proposer une autre? N'y faut-il pas voir une convention principale accompagnée d'une transaction conditionnelle? D'accord avec l'article 911, cette explication s'appuiera sur le fait que l'exercice du droit de dédit éteint les deux obligations à la fois, ce qui n'est que la conséquence normale de l'effet quasi-novatoire de la transaction.

INEXECUTION DE L'OBLIGATION

Lorsqu'une partie tenue d'une obligation *ex contractu* ne l'exécute pas, l'autre partie est autorisée d'après le projet :

- 1° A en poursuivre l'exécution forcée;
- 2° A refuser d'exécuter l'obligation dont elle est chargée aussi longtemps que l'autre partie n'exécute pas son obligation (*exceptio non adimpleti contratus*);
- 3° A demander la résolution de la convention.

1. — Le créancier *ex contractu* peut, comme tout autre créancier, poursuivre l'exécution forcée et demander des dommages-intérêts pour le retard dans l'exécution. Dans le cas où l'exécution forcée n'est plus possible, et que cette impossibilité est imputable à la faute du débiteur ou résulte d'un cas fortuit mis à sa charge, il a le droit de poursuivre l'exécution par équivalent (dommages-intérêts compensatoires).

2. — Quant au droit d'opposer l'*exception non adimpleti contractus*, le projet s'en occupera à propos de certaines conventions spéciales, c'est-à-dire dans la partie non encore rédigée.

3. — Le dernier des moyens donnés au créancier *ex contractu* consiste dans le droit de poursuivre la résolution de la convention. Pour cela, il lui suffit de s'adresser au tribunal et de lui demander de fixer un délai raisonnable pour l'exécution, à l'expiration duquel la convention sera considérée résolue.

Dans l'hypothèse où l'exécution est devenue impossible cette procédure est inutile (art. 920). Mais il est nécessaire d'avertir l'autre partie, d'une façon non équivoque, qu'on préfère la résolution à l'exécution par équivalent.

Comme nous venons de le dire, tout créancier en vertu d'un contrat synallagmatique peut en cas d'inexécution, à condition naturellement que cette inexécution ne soit pas la suite d'un cas fortuit dont le débiteur ne répond pas, poursuivre l'exécution en

nature ou par équivalent ou demander la résolution.

Mais le projet ne s'arrête pas ici, il va plus loin. Il accorde, en effet, lorsque les deux prestations qui se servent mutuellement de cause sont divisibles, le droit de combiner l'exécution avec la résolution.

Si les deux prestations, dit l'article 918, alinéa 2, sont divisibles, on peut demander que la résolution s'applique seulement à certaines parties de la prestation non encore exécutée.

Ayant ainsi exposé le système du projet, il nous reste à en apprécier la valeur. C'est le droit de combiner l'exécution avec la résolution qui mérite de retenir quelque peu notre attention.

Les rédacteurs du projet partent de l'idée que les prestations à échanger sont des valeurs mathématiques qui se contrebalancent et dont les parties ($1/2$, $1/3$, $1/4$ ou $1/n$) par conséquent se valent. Rien de plus arbitraire, sans doute, que cette notion de cause. En réalité la contre-prestation, le but en vue duquel on s'oblige, est un élément de volonté, une entité psychologique indécomposable, et non pas une série d'unités mathématiques.

Sans avoir la prétention d'aborder un problème psychologique, fort compliqué pour un juriste de métier, il suffit de se rappeler que l'exercice de la résolution est la négation de la convention et des liens qui en résultent. Les rédacteurs du projet ont fait bon marché de l'histoire de la résolution. En effet, s'ils s'en étaient davantage préoccupés, ils auraient remarqué que la résolution du contrat a été conçue

et toujours considérée comme l'application d'une condition résolutoire sous-entendue. La résolution est ainsi dans son mécanisme l'application d'une condition résolutoire, condition qui détruit rétroactivement tout lien obligatoire.

Quant à la raison qui a amené les rédacteurs à cette conception de la résolution, elle n'est pas difficile à trouver. Il n'y a qu'à la chercher dans le rapprochement qu'on a l'habitude de faire depuis un certain temps entre l'*exceptio non adimpleti contractus* et la résolution du contrat. En effet, si on considère la résolution comme une réalisation de l'*exceptio non adimpleti contractus*, c'est-à-dire comme réalisation d'une sûreté, retention *sui generis*, cette solution s'impose.

A part cette objection, nous n'avons aucune autre observation à formuler à propos de l'article 918 du projet. Il conviendrait, selon nous, de supprimer son second alinéa pour qu'il soit à l'abri de toute critique.

GARANTIE

En droit romain l'obligation de garantie ne naissait pas de la même convention que l'obligation de transférer la chose, c'est-à-dire l'obligation principale. Tandis que celle-ci résultait de la vente, celle-là résultait d'une stipulation spéciale intervenue entre l'acheteur et le vendeur.

L'obligation de garantie apparaît donc comme une des plus curieuses institutions juridiques. En effet, il

serait plus compréhensible et plus conforme à la logique de voir celui qui n'exécute pas son obligation de la manière convenue répondre de cette inexécution, c'est-à-dire être tenu en vertu de l'obligation principale et non pas en vertu d'une obligation spéciale, née d'une source différente.

La vente primitive, *mancipatio*, disent les auteurs qui ont voulu expliquer cette institution, a commencé par être d'abord un contrat réel de transfert, elle n'avait pour but que de réaliser ce transfert et ne pouvait, par conséquent, comporter que l'obligation de garantir le trouble futur. Plus tard, devenue simple contrat productif d'obligation, la vente se distingua de cette vente primitive en ce qu'elle avait pour objectif l'accomplissement matériel de ce contrat réel dont elle était jadis la réalisation. Ainsi la nouvelle vente s'analyse en une opération de promesse de participer à la vente réelle qui comportait, comme jadis, l'obligation de garantie.

A cette explication, si ingénieuse qu'elle soit, nous en préférons une autre. Il nous paraît, en effet, que cette distinction entre l'obligation de transférer et l'obligation de garantir s'explique par le fait que le paiement est devenu un mode d'extinction *ipso iure*. On sait qu'au commencement le paiement n'était qu'un mode d'extinction *exceptionis ope* et qu'il fallait, pour délier le débiteur de son engagement, recourir à un *contrarius consensus*, formalité inverse de celle dont on s'était servi pour engendrer l'obligation. Cette formalité détruisait complètement le *nexus con-*

tractuel : la dette s'éteignait par voie de conséquence du fait que le lien lui-même était détruit.

Le but visé par tout débiteur d'une convention consensuelle fut, par conséquent, d'obtenir un *contrarius consensus*. C'est généralement dans l'espoir de cette libération qu'il exécutait son obligation. Ainsi il est arrivé que tout paiement a été suivi d'un *contrarius consensus* qu'on finit par sous-entendre.

Si on explique de la sorte la transformation du paiement d'un mode d'extinction *exceptionis ope* en un mode d'extinction *ipso iure*, ce qui nous paraît tout à fait vraisemblable, on comprend pourquoi tout acquéreur se faisait promettre, par une stipulation *duplae* ou *rem habere licere*, la garantie en cas d'éviction. En effet, l'obligation de garantie, née d'une source différente de celle de l'obligation de transférer la chose, survivait à la disparition de celle-ci.

Mais laissons de côté ces raisons d'ordre historique qui nous expliquent pourquoi l'obligation de garantie ne se confond pas avec l'obligation d'exécuter, et revenons à notre sujet : l'étude de la garantie dans le projet (1).

A l'exemple du Code autrichien, le projet rattache les garanties pour le défaut de droit et les vices de la chose à un point de vue unique en considérant, en

(1) Il est intéressant de remarquer que le projet parle de la garantie dans la partie consacrée à l'étude des conventions et non pas, comme les Codes français et allemand, à propos de la vente. Les rédacteurs du projet ont pu aller même plus loin et s'en occuper dans la partie consacrée au paiement. L'obligation de garantie est en effet une obligation légale née du paiement et non pas, comme en droit romain, une obligation conventionnelle.

principe tout au moins, l'action en garantie comme une action en dommages-intérêts.

Pour plus de clarté, nous traiterons séparément la garantie pour le défaut de droit et la garantie pour les vices de la chose.

A. — GARANTIE CONTRE L'EVICITION

Les conditions d'ouverture d'une action en garantie sont les suivantes :

- 1° Le caractère onéreux de la convention;
- 2° L'existence, à l'époque où la chose a été remise, d'un vice juridique inconnu de l'acquéreur;
- 3° La contestation légitime, de la part d'un tiers, du droit transféré.

1. — L'article 922 est clair sur ce point. Il déclare que la garantie doit être fournie par toute personne qui, en vertu d'une opération à titre onéreux, fait tradition de la chose. L'obligation de garantie est liée, par conséquent, au caractère onéreux de l'obligation principale.

Il s'agit seulement de déterminer la signification du mot « chose » qui figure dans l'article mentionné. En effet, faut-il comprendre par ce terme, non seulement les choses corporelles, mais encore les choses incorporelles? La question a été déjà soulevée en droit autrichien, et comme l'article du projet n'est que la reproduction de l'article correspondant du Code civil autrichien, elle s'y pose nécessairement.

Le projet s'occupe, en effet, de la garantie à propos de la cession de créance, par conséquent à propos de l'aliénation d'un droit incorporel, ce qui serait inutile, dit-on, si la garantie de l'article 921 s'appliquait aussi aux choses incorporelles. Mais ne pourrait-on pas expliquer aussi la présence des articles 1397 à 1399 dans le projet par la préoccupation du législateur, plus précisément de la Commission chargée de la rédaction, d'éviter les solutions équivoques que l'application de l'article 920 pourrait provoquer?

En outre, n'oublions jamais que l'obligation de garantie est une mesure de protection au moins aussi nécessaire à l'acquéreur d'une chose incorporelle qu'à l'acquéreur d'une chose corporelle et qu'elle est, comme le disaient déjà les juriconsultes romains, un accessoire nécessaire de toute convention de bonne foi. Il serait à souhaiter que le législateur prenne parti sur ce point.

2. — On est en présence d'un vice de droit lorsque le créancier n'a pas acquis sur la chose livrée le droit promis parce que le débiteur n'était pas, lui-même, propriétaire de la chose livrée. Il faut, par conséquent, que l'éviction remonte à une cause antérieure à la livraison. Il est vrai qu'on entend dire quelquefois que le débiteur est tenu de garantir son créancier des évictions dont la cause est postérieure au transfert de la chose au cas où celles-ci lui sont imputables (1). Ce

(1) Voir, par exemple, Colin-Capitant, Cours... II, p. 464.

n'est sans doute qu'un malentendu. En réalité, l'acheteur évincé par le fait que le vendeur a aliéné une seconde fois l'objet à un tiers qui a consolidé son droit grâce à la transcription, aura une action contre le vendeur, mais cette action n'est pas une action résultant de l'obligation de garantie, mais uniquement une action délictuelle : le vendeur est responsable pour avoir vendu sciemment la chose d'autrui. De même, le vendeur d'un fond de commerce qui monte un établissement similaire est tenu, non d'une obligation de garantie, mais d'une obligation délictuelle résultant du fait qu'il a repris à son acheteur la clientèle et, par conséquent, une partie de la chose vendue.

D'autre part, le transmettant n'est tenu de la garantie que lorsque le vice juridique, antérieur à la vente, était inconnu à l'acquéreur. L'article 929 refuse, en effet, à l'acheteur qui a connu l'existence du vice, le droit d'exiger la garantie estimant qu'il y a renoncé tacitement. L'acquéreur est d'ailleurs réputé avoir consulté les livres publics et, par suite, ne peut pas demander la garantie pour les vices dont il a pu apprendre l'existence, exception faite pour le cas où le remettant a expressément déclaré que la chose n'est grevée d'aucun droit réel.

3. — Le projet impose également à l'acquéreur le devoir de prévenir son auteur de toute contestation de son droit provenant de la part d'un tiers.

L'omission de ce devoir ne lui enlève pas, dit

l'article 931 du projet, le droit de demander l'indemnité. Toutefois ce dernier peut se prévaloir à son égard de toutes les exceptions qui auraient paralysé, complètement ou partiellement, la demande du tiers, et que l'acquéreur a omis de lui opposer.

EFFETS DE L'ÉVICTION. — L'obligation de garantie est une obligation conditionnelle; l'événement auquel est subordonnée sa naissance est, d'après le projet, la certitude qu'on va être évincé.

Cette obligation conditionnelle tend en principe au dédommagement de l'acquéreur évincé. Conformément à l'article 932, l'acquéreur est en droit d'exiger que le transmettant l'indemnise du dommage causé par l'éviction.

C'est seulement lorsque les défauts juridiques qui ne peuvent pas être écartés empêchent l'acquéreur de jouir de la chose selon sa destination, que ce dernier se voit autorisé à demander la résolution du contrat. Alors il n'a qu'à reprendre le prix ou l'objet fourni en exigeant un dédommagement pour le *damnum emergens*. Le *lucrum cessans*, au contraire, ne peut être exigé qu'en cas de dol imputable à l'aliénateur.

B. — GARANTIE CONTRE LES VICES DE LA CHOSE

Les conditions d'ouverture d'une action en garantie sont :

- 1° Le caractère onéreux de la convention;
- 2° L'existence d'un défaut matériel inconnu à l'acquéreur.

Rien de spécial à ajouter sur ces conditions, sinon que le vice matériel remplace ici le vice juridique. Ainsi, tout ce qui a été précédemment dit de la garantie en matière de vices juridiques et des effets de celle-ci, s'y applique.

Il faut, cependant, mentionner — puisque nous avons omis de le faire à propos de la garantie en cas d'éviction — que l'obligation de garantie se prescrit par un délai déterminé. Il y a toutefois lieu de distinguer suivant que l'objet transféré est de nature mobilière ou immobilière. Dans le premier cas, cette prescription est de six mois, dans le second, au contraire, elle est de trois ans. Lorsqu'il s'agit d'un défaut matériel, ce délai commence à courir le jour de la livraison. Par contre, lorsqu'il s'agit d'un défaut juridique, c'est le jour où l'acquéreur a appris qu'un tiers est titulaire d'un droit concurrent qui en est le point de départ.

A côté des dispositions générales dont nous venons de parler, le projet connaît aussi un certain nombre de dispositions spéciales à la garantie des vices en matière de ventes et échanges d'animaux domestiques. Ces dispositions spéciales établissent un délai de présomption pendant lequel l'acquéreur n'a pas besoin de prouver que certains défauts étaient antérieurs au transfert des animaux (1). Pour se prévaloir de cette présomption, l'acquéreur est obligé :

1° Soit d'en informer l'autre partie ou, si elle est absente, de faire une déclaration à la mairie;

(1) Loin d'énumérer les maladies qui bénéficient de cette faveur, le projet se contente d'indiquer qu'elles seront déterminées par voie de règlement d'administration publique.

2° Soit d'appeler un expert (vétérinaire) pour qu'il constate le vice;

3° Soit, enfin, de s'adresser au tribunal et de demander une expertise.

Toute omission de ces règles entraîne pour lui la perte du droit d'invoquer la présomption.

Quant à la nature de cette présomption, elle est de la catégorie des présomptions simples, c'est-à-dire de celles qui cèdent devant la preuve contraire.

Le délai de présomption est, d'après l'article 933, de six semaines. Une fois expiré, l'acquéreur n'est plus autorisé à poursuivre le vendeur en garantie qu'à condition d'observer les règles générales, c'est-à-dire de prouver que le vice a été antérieur au transfert.

AVANT-CONTRAT

L'avant-contrat — convention préparatoire dans laquelle une, ou même les deux parties, s'obligent à conclure ultérieurement une convention définitive — est traité par le projet dans l'article 936.

Aux conditions générales, exigées pour la validité de toute convention (capacité des personnes, consentement, objet licite et possible), cet article ajoute un certain nombre de conditions spéciales :

1° Il exige ainsi, tout d'abord, que les parties contractantes fixent d'avance le délai dans lequel il faut que l'avant-contrat soit exécuté, c'est-à-dire la convention définitivement conclue;

2° Il nous dit, ensuite, que tout avant-contrat doit contenir les dispositions essentielles de la convention à conclure (1). Si, en effet, il n'en était pas ainsi, l'avant-contrat manquerait de but : il serait pratiquement impossible qu'une partie impose à l'autre la conclusion de la convention projetée;

3° Même la validité de tout avant-contrat est soumise à deux conditions. Il ne faut, en effet, ni que les circonstances changent au point que le but expressément déterminé ou sous-entendu ne soit devenu impossible, ni, non plus, qu'une partie, en raison de l'insolvabilité survenue, perde confiance en l'autre. En d'autres termes, tout avant-contrat sous-entend la clause *rebus sic stantibus*;

4° Enfin, le projet fixe un délai qui, une fois expiré, éteint la force obligatoire de l'avant-contrat. Ce délai est d'une année. Il commence à courir le jour déterminé par les parties pour la conclusion du contrat définitif. Et, si une partie laisse passer ce délai sans demander l'exécution de l'avant-contrat, c'est-à-dire la conclusion du contrat définitif, elle n'a plus de moyen ni de demander à l'autre partie de concourir à la conclusion, ni de poursuivre son exécution en cas de refus (2).

(1) Bien mieux, l'observation d'une forme déterminée, exigée pour la validité du contrat définitif, s'applique aussi à l'avant-contrat. Arrêt de la Haute-Cour du 8 juin 1898 (Slg. Glaser-Unger I, 216) et du 6 juin 1900 (Slg. IV, 1697).

(2) La convention arrhale (arrêt du 19 nov. 1873. Slg. Glaser-Unger 5144), la clause pénale (arrêt du 3 oct. 1894, Slg. 15247) ainsi que la clause de dédit (arrêt du 8 juill. 1862, Slg. 1539) peuvent se greffer sur l'avant-contrat.

DEUXIEME PARTIE

CONSOLIDATION, MODIFICATION ET EXTINCTION DES OBLIGATIONS

CAUTIONNEMENT

Le cautionnement — convention qui consolide la dette par l'effet de l'adjonction d'un débiteur accessoire au débiteur principal — pour être valable, doit être conclu par écrit.

Cette prescription du second alinéa de l'article 1346 mérite d'être soulignée, d'abord, comme un des cas exceptionnels où le projet impose la rédaction d'un écrit aux parties intéressées et, ensuite, parce que cette disposition, inspirée aux rédacteurs par le Code civil allemand, constitue une innovation dans le projet : le Code civil autrichien, en effet, n'impose aucune forme.

La seconde condition du cautionnement est l'existence d'une obligation principale, obligation sur laquelle se greffe le cautionnement. Il n'est pas absolument nécessaire que cette obligation principale soit une obligation civile. Les obligations non susceptibles d'exécution forcée (obligations naturelles) peuvent

être l'objet du cautionnement. Même les obligations contractées par des personnes incapables de s'obliger peuvent être cautionnées (art. 1350-1352), ce que décidait déjà le droit romain auquel il faut souvent recourir pour faire comprendre certaines dispositions du projet relatives à notre institution.

Du caractère accessoire de l'obligation résultent les conséquences suivantes :

1° L'obligation de la caution ne peut être plus onéreuse que celle du débiteur principal. Si pourtant on rencontrait une convention de ce genre, il ne faudrait pas croire qu'elle soit nulle, ni, comme le décide le Code français (art. 2013, 1 al.), réductible, mais la considérer comme une opération d'un genre différent. Pour cela, il faudra se rapporter à l'intention des intéressés. Le plus souvent on décomposera la convention en deux parties : pour le montant de la dette un cautionnement, pour le surplus une obligation, principale, différente (1);

2° L'obligation de la caution doit avoir le même objet que l'obligation du débiteur;

3° La caution peut opposer au créancier, à part les exceptions *personae coherentes*, toutes les autres dont jouit le débiteur principal;

4° L'extinction de l'obligation principale entraîne l'extinction de l'obligation de la caution.

Le caractère accessoire de l'obligation nous explique aussi la raison de la prescription consacrée par l'arti-

(1) Arrêt de la Haute-Cour du 3 avril 1891. Slg. Glaser-Unger 13693.

de 1355, d'après lequel le créancier ne peut s'adresser à la caution pour lui demander l'exécution de la créance qu'après avoir, par sommation ou acte judiciaire, demandé le paiement à son débiteur. Mais cet avertissement une fois fait, il peut poursuivre la caution, non seulement par une action intentée à la fois contre elle et le débiteur principal, mais aussi par une action dirigée contre elle seulement. Il est intéressant de rappeler que le projet exige la sommation du débiteur principal non seulement pour les dettes sans terme, mais encore pour celles à terme, dettes auxquelles il applique, au point de vue de la demeure, la règle *dies interpellat pro homine*.

Par exception le projet n'exige pas l'interpellation du débiteur (art. 1356) :

1° Au cas où il est tombé en faillite; ou 2° lorsque sa résidence est inconnue.

Cette sommation ou l'avertissement qui peut quelquefois décider le débiteur principal à payer la dette est le seul vestige de l'*exceptio discussionis* du droit romain qui, on se le rappelle, est consacré sans modification par le droit français.

ÉTENDUE DE L'OBLIGATION. — Pour déterminer la portée du cautionnement, il est nécessaire de se reporter au texte même de la convention, texte que l'on doit, selon l'article 1353, interpréter restrictivement, c'est-à-dire en faveur de la caution. Cet article nous apprend que « le cautionnement ne peut être étendu au delà des déclarations de la caution ».

A cette prescription l'article cité ajoute, à titre de démonstration, que celui qui se porte caution d'un capital productif d'intérêts, en l'absence d'une clause contraire, n'est réputé avoir promis que les intérêts courus depuis son engagement (1). Ainsi le créancier s'il veut que la caution soit tenue des obligations accessoires de la dette à cautionner, doit le faire stipuler expressément.

EXTINCTION DU CAUTIONNEMENT. — L'obligation de la caution, exactement comme les autres obligations, s'éteint par tous les modes d'extinction : compensation, confusion, remise de dette, etc...

Elle s'éteint aussi par l'extinction de l'obligation principale. Celle-ci, au contraire, ne s'éteint que par l'exécution ou des modes équivalents; la remise accordée à la caution ne libère pas le débiteur principal. La prescription du cautionnement n'est non plus libératoire vis-à-vis du débiteur principal.

Toutes ces solutions sont d'ailleurs admises par le droit français. Il y a divergence cependant à propos de la prescription. On sait que, selon l'article 2250 du Code civil français, l'interruption de la prescription vis-à-vis du débiteur principal produit des effets aussi à l'égard de la caution. Cette disposition n'est pas admise par le projet yougoslave. Il faut, par conséquent, pour interrompre la prescription à l'égard de

(1) Selon la jurisprudence autrichienne (arrêt du 11 nov. 1880, Slg. 8180) la caution n'est pas tenue d'exécuter son obligation dans le lieu convenu entre le créancier et le débiteur principal.

la caution, adresser à celle-ci une interpellation. D'autre part, le projet accorde aux successeurs de la caution qui n'a donné ni gage ni hypothèque un délai de prescription de trois ans. Ce délai commence à courir le jour de la mort de leur auteur, si la dette était déjà exigible avant sa mort, le jour de son exigibilité, si elle ne le devient qu'après (art. 1367). La raison de cette prescription doit, selon toute probabilité, être attribuée à la préoccupation du législateur d'empêcher que les héritiers ne soient surpris par l'existence d'une dette accessoire à l'époque où ils ne s'y attendaient plus.

A côté des modes d'extinction qui lui sont communs avec toutes les autres obligations, et ceux qui lui sont propres en tant qu'obligation subsidiaire, le projet admet encore un autre mode d'extinction, spécial au cautionnement. La caution est en effet libérée lorsque la cession automatique des droits, des hypothèques ou des privilèges, accordée par l'article 1358 à la caution, ne peut plus, en raison d'une faute imputable au créancier, s'effectuer à son profit. Ce n'est pas tout. Le créancier est responsable de tout dommage causé à la caution par sa conduite négligente à l'égard du débiteur principal (insolvabilité). Cette dernière disposition dont la filiation avec le *mandatum pecuniae credendae* est évidente remplace, dans une certaine mesure, l'*exceptio discussionis* qui, comme nous l'avons déjà dit tout à l'heure, n'est pas admise par le projet.

RECOURS DE LA CAUTION. — Pour épuiser la question,

il reste à examiner, d'une part, le rapport entre la caution et le débiteur principal et, d'autre part, le rapport des cautions entre elles lorsqu'il y en a plusieurs.

A. — La caution qui a payé la dette jouit vis-à-vis du débiteur principal du droit de lui en demander le remboursement, droit qu'elle fait valoir :

1° Soit en vertu des actions du créancier désintéressé, automatiquement passées sur sa tête;

2° Soit en vertu du mandat ou de la gestion d'affaire; mandat, lorsqu'elle s'est chargée de la dette sur la demande du débiteur principal, gestion d'affaire lorsqu'elle l'a fait de son propre mouvement.

Il va de soi que ce droit de recours en remboursement n'est accordé à la caution que dans la mesure où son paiement ne préjudicie pas aux intérêts légitimes du débiteur principal. Ce dernier est en fait autorisé à opposer à la caution toutes les exceptions dont il jouissait à l'égard du créancier. Il ne reste donc à la caution, pour parer à cet inconvénient, qu'à se mettre, lorsqu'elle est sommée de payer, en rapport avec le débiteur principal pour lui demander des instructions.

Mais pour que le droit de recours ne soit pas illusoire, le projet organise certaines mesures de précaution. Les articles 1364 et 1365 autorisent la caution à prendre, à l'égard du débiteur principal et avant toute poursuite, les mesures nécessaires à assurer son droit de remboursement :

1° Lorsque le débiteur principal a laissé expirer le délai dans lequel il devait désintéresser son créancier;

2° Lorsqu'elle a des raisons sérieuses de se méfier de la solvabilité future du débiteur en question;

3° Et, enfin, lorsqu'elle a des motifs justifiés de soupçonner que le débiteur principal ne quitte le territoire du royaume.

B. — Pour ce qui est des rapports entre les cautions de la même dette, la caution qui a payé jouit, vis-à-vis des autres, des mêmes droits que le débiteur solidaire à l'égard de ses co-débiteurs (article 1359). En d'autres termes, la dette, en l'absence de toute clause contraire, se divisera toujours proportionnellement entre les cautions, et l'insolvabilité de l'une d'entre elles sera supportée proportionnellement par les autres.

Ce droit de recours entre cautions supplée à l'*exceptio divisionis* non admise par le projet.

CONTRAT DE GAGE

L'article 1368 dit que le contrat de gage est une convention par laquelle le débiteur ou son représentant remet au créancier une chose mobilière ou fait inscrire l'immeuble sur les livres publics. Par conséquent, la convention de gage est un contrat réel qui se forme à la suite de la remise, matérielle ou idéale, de la chose.

En vertu de cette convention synallagmatique imparfaite, le créancier gagiste est tenu de veiller sur la chose et de la restituer au débiteur à l'instant où la dette s'éteint. En cas d'hypothèque, il doit lui rendre la radiation possible.

L'article 1370 impose au créancier l'obligation de remettre au débiteur un reçu de nantissement en y décrivant la chose donnée de manière qu'on puisse la distinguer des autres objets du même genre. La rédaction de cet écrit est prescrite dans l'intérêt du débiteur, et non pas dans celui des tiers, comme le décide l'article 2074 du Code civil français, pour lui permettre de prouver facilement que le droit constitué sur la chose est un droit réel accessoire.

Dans les deux articles suivants, 1371 et 1372, le projet nous parle des dispositions illicites, réputées non écrites lorsqu'elles accompagnent une convention de gage.

L'article 1371 pose d'abord le principe en disant que les dispositions accessoires contraires à la nature du contrat de gage sont sans valeur. Il cite ensuite quelques exemples. Cette énumération ne doit pas, par conséquent, être considérée comme une énumération limitative. Voici ces exemples :

1° Clause comissoire;

2° Clause par laquelle le créancier se réserve le droit de vendre la chose d'après sa volonté ou le prix fixé d'avance;

3° Clause qui retire au débiteur le droit de libérer le gage;

4° Clause qui prohibe au débiteur d'hypothéquer la chose immobilière au profit d'un tiers;

5° Clause qui refuse le *ius distrahendi* au créancier, et réduit par suite son droit au *ius possidendi*.

Quant à l'article 1372, il prohibe toute convention

par laquelle le créancier se réserve le droit de jouir de la chose. Quant au droit d'user de la chose, il peut être, au contraire, stipulé dans la convention, à condition d'être exercé de telle manière qu'il ne nuise pas au débiteur.

Voilà tout ce que le projet nous dit sur la convention de gage. Cela tient à ce qu'il sépare la convention de gage du gage droit réel. Et tandis qu'il s'occupe de la première dans la partie consacrée aux conventions, comme nous venons de le voir, ce dernier sera traité à propos des droits réels.

NOVATION

La novation est un acte juridique qui sert à éteindre une obligation en lui substituant une autre qui, d'après le projet, diffère de la première, soit par son objet principal, soit par sa cause (art. 1376).

Etant un mode d'extinction des obligations, sa place logique, habituelle tant dans les livres de doctrine que dans le Code civil français, est à côté du paiement et de la compensation, modes principaux d'extinction des obligations. Le projet, au contraire, s'écarte de cet ordre. Il préfère, en fait, ranger la novation dans les « modes de transformation des obligations ». La possibilité de transférer les sûretés de la créance, possibilité admise par le projet, à l'exemple du Code autrichien, n'était probablement pas sans quelque influence sur cette classification. A notre sens, cette explication

est préférable à celle qui voit en elle l'influence du facteur linguistique. On sait, en effet, que le terme *novatio* suggère l'idée d'un changement, d'une transformation, idée inexacte sans doute, puisque cette opération, contrairement à la signification verbale, fait naître une dette d'une individualité distincte.

Les conditions requises pour qu'il y ait novation sont les suivantes :

1° L'existence d'une première obligation valable. Peu importe d'ailleurs que cette obligation soit civile ou naturelle (1);

2° La création d'une nouvelle obligation qui diffère de l'ancienne: a) soit par son objet principal; b) soit par sa cause.

a) Par objet principal, le projet entend la qualité ou les qualités qui forment l'individualité de la prestation. Il va de soi que l'objet principal varie suivant la nature de la convention et les intentions des parties intéressées. Le projet se borne à donner, à titre d'exemple, quelques modifications n'entraînant, en principe, jamais novation. C'est du reste grâce à ces exemples qu'on peut, dans des cas douteux, faisant appel aux arguments *ex contrario* et à *fortiori*, s'en donner un *criterium* relatif.

Le projet indique tout d'abord que les changements des dispositions, relatives à l'époque, au lieu et à la

(1) On ne peut pas noyer une obligation immorale (arrêt du 23 avril 1913, Slg. Glaser-Unger XVI, 6.416); l'obligation née d'un pari ou d'un jeu ne peut être non plus novée (arrêt du 23 mai 1900, Slg. III, 1012).

façon dont il faut que la prestation soit exécutée, ne modifient pas l'objet principal.

L'objet principal, d'autre part, n'est pas modifié par le changement d'une prestation (obligation) accessoire. Ainsi le changement du taux d'intérêt, la libération partielle ou totale d'une caution, etc., restent sans influence sur l'obligation.

La reconnaissance d'une dette, enfin, ne produit pas non plus des effets novatoires (1).

b) Le terme « cause » est ici employé par le projet dans la signification de *causa obligationis*. Il y a par exemple, un changement de cause lorsqu'on transforme une obligation *ex vendito* en obligation *ex mutuo*, ou bien lorsqu'on substitue une obligation abstraite à une obligation causée.

Il est intéressant de remarquer que le projet ne parle que de la novation par changement de l'objet principal ou de la cause et, au contraire, ne dit rien de la novation par changement du créancier ou du débiteur. Ceci est significatif, à notre avis, car cette omission ne s'explique que comme la conséquence logique de l'idée que la novation est un mode de transfert des obligations : *prioris debiti in aliam obligationem transfusio atque translatio* ». La continuité de l'obligation est, aux yeux des rédacteurs du projet, ainsi assurée par immuabilité de l'élément personnel (débiteur et créancier). En effet, du moment que la nova-

(1) La fusion de plusieurs dettes en une seule est considérée comme entraînant novation (arrêt du 1^{er} avril 1913, Slg. Glaser-Unger XVI, 6385).

tion est considérée comme un mode de transfert des obligations, il est nécessaire que quelque chose assure la continuité.

3° L'*animus novandi* chez les parties intéressées, c'est-à-dire la volonté de faire remplacer l'ancienne obligation par la nouvelle. La manifestation de cette volonté peut être aussi bien tacite qu'expresse : il suffit que l'*animus novandi* ait été manifesté d'une façon certaine. L'absence de certitude entraîne, en effet, l'application de l'article 1379 selon lequel l'ancienne obligation est présumée non éteinte tant qu'elle peut coexister avec la nouvelle.

L'effet de la novation est d'éteindre l'ancienne obligation. Quant aux obligations accessoires, elles suivent le sort de l'obligation principale à moins que les parties n'en aient convenu autrement (art. 1378). Le plus souvent, les parties se mettent d'accord pour transférer les sûretés de l'obligation éteinte à celle qui lui succède. Lorsqu'il s'agit du cautionnement ou des sûretés réelles, il faut que le consentement de la caution s'ajoute à celui des intéressés. L'obligation accessoire se détache par là de l'ancienne créance et s'incorpore, sans cesser d'exister, dans la nouvelle.

Il est à la mode, et c'est quelque chose de tout à fait récent, d'assimiler la novation à la *datio in solutum*. Le débiteur, dit-on, paie ses créanciers en leur remettant une nouvelle créance. Le Code civil allemand (art. 364) a même confondu ces deux institutions. Ce faux pas, heureusement, n'a pas été fait par les rédac-

teurs du projet. On sait, en effet, que le recours à la dation en paiement s'opère uniquement dans le but de faire éteindre, définitivement et complètement, le rapport juridique entre le débiteur et son créancier, ce qui n'est d'ailleurs nullement exact pour la novation.

L'intérêt de cette distinction apparaît vraiment toutes les fois qu'on cherche à déterminer les effets de l'éviction. Depuis longtemps assimilée au paiement, la *datio in solutum* éteint l'obligation *ipso iure*, et le créancier, par conséquent, n'est protégé contre l'éviction que grâce à l'obligation accessoire de garantie. La novation, au contraire, étant un mode d'extinction *exceptionis ope*, n'éteint l'obligation que conditionnellement. Le créancier agira donc, en cas d'éviction, en vertu de la première obligation. Ainsi la novation diffère de la *datio in solutum* comme le mode d'extinction *exceptionis ope* diffère du mode *ipso iure*. Cette distinction qui, à raison de certaines particularités de la procédure romaine, était un avantage pour les modes *ipso iure*, en est un, aujourd'hui que ces particularités sont disparues, pour les modes d'extinction *exceptionis ope*.

TRANSACTION

La transaction est une convention où les parties, par des concessions mutuelles, écartent l'incertitude qui plane sur un point de droit et ainsi terminent une contestation ou bien la préviennent. Elle est, dans le

projet yougoslave, placée dans la partie consacrée à la modification des obligations. Cette disposition technique, commune au projet et au Code civil autrichien, surprendra quelque peu ceux qui sont habitués au plan du Code civil français où la transaction est traitée dans la partie consacrée aux contrats spéciaux. Cependant, cette disposition technique s'explique aisément si on prend en considération le fait que la transaction n'a lieu que là où on conteste, soit l'existence, soit la portée, soit, enfin, les modalités d'un droit, — faits vraiment trop importants pour qu'on en puisse faire abstraction.

NATURE DE LA CONVENTION. — Selon sa nature, la transaction est un contrat à titre onéreux ayant pour but de mettre fin à une situation incertaine. Une prestation est incertaine non seulement lorsqu'une partie conteste l'existence et les modalités du droit invoqué, mais encore lorsqu'il s'agit d'un droit incontestable, acquis par un jugement inattaquable si le résultat de son exécution est douteux. Il va de soi également que le droit, dont la formation ou la disparition est soumise à l'arrivée d'une condition, puisse servir de base à la transaction. Là, au contraire, où toute contestation fait défaut, il ne saurait être question d'une transaction. En effet, d'après l'article 1381, la remise d'un droit certain est toujours une donation.

Etant, par sa nature, une convention à titre onéreux, la transaction est, sauf les dispositions contraires, régie par les règles relatives à cette catégorie de con-

ventions. Ainsi, par exemple, aucune observation de forme n'est exigé pour sa validité.

Toutefois, il y a deux exceptions par lesquelles la transaction s'écarte des règles communes aux conventions à titre onéreux. Elles se rapportent à la lésion et à l'erreur.

La rescision pour cause de lésion de moitié n'est pas admise par le projet. Cette solution, qui n'est d'ailleurs pas étrangère au droit français, s'explique par le fait que les deux parties sont conscientes de l'incertitude qui plane sur le droit contesté et que c'est justement en vue de l'écarter qu'ils recourent à la transaction.

Quant à l'erreur, remarquons-le tout de suite, il faut distinguer deux situations différentes, selon que l'erreur porte sur un point contesté ou un point non contesté entre les parties.

Dans le premier cas, cette erreur n'aura aucune influence sur la validité de la transaction. En effet, elle n'est dans cette hypothèse qu'un des éléments constitutifs de l'incertitude qui a provoqué la transaction. Il n'en est plus de même dans la seconde hypothèse, ce qui nous explique pourquoi cette erreur produit des effets normaux. Conformément aux principes généraux il faut, bien entendu, que cette erreur : 1° porte sur une qualité substantielle de la chose ou de la personne et 2° que l'autre partie l'ait provoquée ou en soit coupable (1).

(1) La créance née d'une convention immorale ne peut pas faire l'objet d'une transaction valable (arrêt du 3 nov. 1910, *Slg. Glaser-Unger* XIII, 5223).

CONTESTATIONS NON SUSCEPTIBLES DE TRANSACTION. —

Dans les articles 1382, 1383 et 1384, le projet passe ensuite en revue quelques contestations qui ne peuvent être écartées par la transaction.

L'article 1382 nous dit d'abord que la contestation sur la validité du mariage ne peut être réglée au moyen de la transaction. On ne peut non plus fonder le divorce sur elle. Quant à la séparation de corps, il est à croire qu'elle est possible, puisqu'un règlement, provenant du ministère de la Justice, du 9 décembre 1897 et encore en vigueur dans les régions libérées, l'autorise.

L'article 1383 prohibe les transactions sur le contenu d'une succession non encore ouverte. Cette disposition vise les transactions passées dans l'intervalle qui sépare la mort du testateur de l'ouverture de son testament, car les conventions antérieures seront, selon toute probabilité, prohibées par l'article 879 du projet. La prohibition de l'article 1389 n'est pas d'ailleurs absolue, puisque dans le second alinéa, le pari sur le contenu est permis, ce qui permet alors de donner à la transaction la physionomie d'un contrat aléatoire.

L'article 1384, enfin, nous dit que la victime et l'auteur d'un délit pénal peuvent transiger sur la réparation du préjudice causé et ne peuvent, en aucune façon, paralyser l'action publique que lorsqu'il s'agit des délits dits « privés ». Le motif qui inspire cette prohibition nous permet de conclure qu'on ne peut par la transaction régler que les rapports d'ordre privé n'ayant aucun rapport avec l'ordre public.

ÉTENDUE DE LA TRANSACTION. — Le projet nous donne également deux présomptions relatives à l'étendue de la transaction.

D'une part, l'article 1389 nous apprend que la transaction faite à propos d'une contestation ne s'étend point aux autres contestations qui peuvent exister entre les parties transigeantes. C'est trop évident.

D'autre part, cet article dispose que la transaction conçue en termes généraux ne doit être appliquée ni aux droits intentionnellement dissimulés, ni à ceux auxquels les parties n'ont pas pu penser, comme par exemple, ceux qui, à ce moment, n'avaient pas encore pris naissance.

EFFETS DE LA TRANSACTION. — Il reste encore à parler de l'influence que la transaction exerce sur les droits ou les obligations préexistantes. Par la transaction on remplace les droits et les obligations contestés par de nouveaux droits ou par de nouvelles obligations. Par ce trait, elle se rapproche de la novation. Pourtant on irait trop loin, si l'on ne voyait en elle qu'une simple novation. En effet, tandis que la novation suppose toujours une obligation préexistante, la transaction peut s'en passer. Il suffit, pour justifier sa raison d'être, qu'une contestation soit possible. Ceci est, du reste, confirmé formellement par l'article 1387 qui dit que la transaction sera valable même lorsqu'on prouvera qu'une des parties n'avait absolument aucun droit.

D'autre part, la novation, lorsqu'elle n'est pas

accompagnée d'une clause spéciale, fait disparaître les sûretés qui accompagnaient les droits éteints, ce qui n'est d'ailleurs pas vrai pour la transaction.

CESSION DE CREANCE

Le droit romain n'a, en principe, jamais admis la cessibilité d'une créance. En effet, à l'époque où le créancier disposait, à cause d'inexécution de l'obligation, de la personne du débiteur, il n'était pas indifférent d'avoir n'importe qui pour créancier. Il n'en était pas tout à fait de même plus tard lorsque le droit d'exécution s'est limité seulement aux biens. Pourtant la tradition persistait. C'est par une sorte de détour que la cession de créance s'est introduite en droit romain. Les Romains, comme d'habitude, ont recouru ici à un expédient : le créancier cédant attribuait au cessionnaire la qualité de mandataire à l'égard du cédé en le dispensant d'avance de toute reddition de comptes.

Ce procédé, si ingénieux qu'il fût, ne protégeait pas efficacement le cessionnaire contre la révocation du cédant et c'est seulement lorsque le prêteur consolidait le droit du cessionnaire en lui accordant l'action utile que le *mandatum in rem suam* s'adaptait utilement à son rôle économique.

Les législations modernes sont allées encore plus loin, elles ont admis, non seulement la cession de l'action, comme c'était le cas dans le droit romain, mais aussi la cession de l'obligation elle-même.

Le projet yougoslave s'est engagé aussi dans cette voie : les articles 1392 à 1400 ne sont, en fait, consacrés qu'à la réglementation de la cession.

Suivant ces articles, il est permis de céder toutes les créances sans distinction, aussi bien les créances naturelles que les créances civiles, les créances conditionnelles (1) que les créances éventuelles. Il est permis de céder une partie de la créance, à condition, naturellement, qu'elle soit divisible. On peut même céder un droit accessoire : hypothèque, gage, etc.

Il n'y a d'exception à cette règle générale que pour les créances qui, à cause de leur nature ou d'une disposition légale, ne sont pas susceptibles de cession.

Celles-ci sont au nombre de cinq :

1° Les créances purement personnelles. Ce sont les créances où le changement de la personne du créancier amène du même coup le changement dans l'objet de la créance. Comme exemple d'une pareille créance, nous pouvons citer les obligations des gens de service puisque le changement du maître se répercute nécessairement sur l'objet de l'obligation, c'est-à-dire sur la qualité ou la quantité du service à fournir. Il en est exactement de même de la créance d'aliments qu'une personne a acquise, par voie contractuelle, lorsque la quantité d'aliments se détermine par le besoin subjectif du créancier;

2° Les droits de servitude personnelle ne sont pas non plus cessibles. Ils sont constitués *intuitu personae*;

(1) Arrêt de la Haute-Cour du 16 mars 1869, Sig. Glaser-Unger 3347.

3° Les droits réels accessoires. Etant attachés au fond dominant, ils ne peuvent se transmettre qu'avec lui;

4° Les créances stipulées non cessibles. Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites;

5° Il faut y ajouter, enfin, certains cas de cessions prohibées comme immorales ou contraires aux bonnes mœurs par la loi.

Quant aux titres auxquels la cession s'effectue, ils sont au nombre de quatre, à savoir :

- 1° Convention;
- 2° Testament;
- 3° Jugement;
- 4° Différentes lois.

1. — La convention entre le cédant et le cessionnaire suffit pour transférer la créance. L'intervention du débiteur n'est pas nécessaire à cet effet. Quant à la forme à observer, il n'y en a aucune qui soit spécialement imposée : les règles communes à toutes les conventions s'y appliquent par conséquent. Ainsi une cession à titre gratuit ne sera valable qu'à condition d'observer les formalités prescrites pour les contrats de donation.

2. — La créance peut aussi être cédée par testament. C'est ce qu'on appelle le *legatum nominis*. Toutefois il reste à savoir si la cession s'effectue directement en vertu du testament ou bien s'il ne faut pas qu'un

acte de cession, émanant de l'héritier, intervienne. Si intéressante qu'elle puisse être, cette question ne peut pas être abordée maintenant, parce qu'elle fait partie du droit de succession qui n'est pas encore rédigé.

3. — La cession peut être considérée comme le résultat d'un jugement :

a) Lorsqu'il est décidé qu'une cession est intervenue entre les parties litigantes ou qu'elle est valable. Ce jugement d'ailleurs n'est qu'un jugement déclaratif;

b) Lorsque, dans une action en partage, une créance est adjugée à l'un des co-partageants;

c) Lorsque la créance est adjugée sur une enchère publique;

d) Lorsque, au cours de la procédure d'exécution, une créance est attribuée par le juge au créancier saisissant.

4. — La cession de créance peut, enfin, intervenir automatiquement en vertu d'une disposition légale. La loi accorde, en effet, à certaines personnes qui ont payé la dette d'autrui, le bénéfice de la cession automatique des actions et des droits du créancier désintéressé, sans qu'un acte de cession intervienne entre eux. Nous aurons l'occasion plus tard, à propos du paiement, d'en reparler.

La convention, le testament, le jugement ou la loi transfèrent donc la propriété de la créance sans que l'intervention du débiteur soit exigée. Mais c'est jus-

tement pour cela que cette cession est sans effet à son égard tant qu'il n'en a pas pris connaissance. Puisque c'est seulement alors que le droit du cessionnaire est consolidé, il s'agit de savoir de quelle façon le cédé en doit être prévenu. En droit romain, comme on le sait, c'était seulement l'avertissement du cessionnaire qu'on prenait en considération. Dans le projet yougoslave il n'en est pas de même. Le débiteur cédé est tenu envers le cessionnaire du moment où il a pris connaissance de la cession, sans qu'il y ait lieu de tenir compte de la manière dont il a été averti. Cette solution n'est qu'à recommander, car elle réprime toute mauvaise foi du débiteur.

EFFETS DE LA CESSION. — Comme la cession de créance est un acte qui met en présence trois personnes différentes, il faut tenir successivement compte des rapports :

- a) Entre le cédant et le débiteur cédé;
- b) Entre le cessionnaire et le débiteur cédé, et
- c) Enfin, entre le cédant et le cessionnaire.

A. RAPPORT ENTRE LE CÉDANT ET LE CÉDÉ. — Tant que le cédé n'est pas prévenu de la cession, le cédant reste à son égard le titulaire du droit. Il peut donc valablement payer entre ses mains ou passer tous les autres actes qui le déchargent de l'obligation. A plus forte raison, est-il autorsié à passer les actes qui changent seulement l'obligation (art. 1395). Le législateur protège ainsi le débiteur de bonne foi. Mais justement

par le fait qu'il s'agit ici d'une mesure de protection, le cédé peut y renoncer. Ainsi poursuivi en justice par le cédant, il peut, s'il était de bonne foi au moment de l'introduction du procès, soit payer valablement, soit lui opposer l'exception de la cession intervenue.

Reste à discuter la question des plusieurs cessions consécutives de la créance effectuées par le créancier. Ici, lorsqu'il s'agit de déterminer les droits respectifs des créanciers successifs, le premier cessionnaire l'emporte sur les autres, puisque le cédant n'a pu transporter à un cessionnaire postérieur plus de droit qu'il n'en avait lui-même. Mais comme le débiteur cédé de bonne foi paie valablement, le premier cessionnaire n'aura, dans cette hypothèse, que le recours contre son cédant (1).

B. RAPPORT ENTRE LE CESSIONNAIRE ET LE CÉDÉ. —

La cession a pour effet de transférer les droits du cédant au cessionnaire. La créance passe sur sa tête avec tous ces accessoires : cautions, droits aux intérêts, droit de recours, clause pénale, etc... Quant à l'hypothèque, elle ne passe pas automatiquement au cessionnaire; il acquiert, en vertu de la cession, le droit d'exiger du cédant que les droits réels lui soient transmis.

En ce qui est des privilèges, il faut distinguer,

(1) Le premier cessionnaire n'a, selon l'arrêt du 27 octobre 1909, *Sig.* XII, 4767, aucun recours contre le second cessionnaire. Cette solution est vraiment injuste. Le projet, s'il ne voulait pas exposer le cédé à payer deux fois, aurait pu l'obliger à céder ses actions au premier cessionnaire.

d'une part, entre ceux qui résultent de la nature de la créance (*privilegia causae*) et, d'autre part, ceux qui sont propres à la personne du cédant (*privilegia personae*). Les premiers seuls sont transmissibles.

.....

Cependant ce transfert ne doit pas nuire au cédé. Il en résulte que celui-ci peut se prévaloir en principe de toutes les exceptions qu'il a acquises contre le cédant. Il est inadmissible, en effet, qu'un acte intervenu entre le cédant et le cessionnaire enlève ou diminue les droits déjà acquis au débiteur cédé. Au cas où plusieurs cessions se succèdent, le cédé a droit d'opposer toutes les exceptions qu'il avait acquises contre ses cédants successifs.

.....

Le projet ne fait à cette règle qu'une seule exception, celle-ci concerne la compensation. En réalité, il est dit dans l'article 1442 que le débiteur cédé ne peut invoquer que la compensation à lui acquise contre le créancier originaire et, ce qui va de soi, contre le dernier cessionnaire. Il reste naturellement à préciser quelles sont les créances acquises au cédé vis-à-vis du premier créancier qu'il peut opposer au dernier cessionnaire. A notre sens, il y faut ranger toutes les créances acquises au cédé au moment de la première cession, sans se demander si elles étaient alors exigibles (1) ou liquide (2).

(1) Arrêt du 7 septembre 1859, Slg. Glaser-Unger 857.
(2) Arrêt du 23 novembre 1881, Slg. 8562.

C. RAPPORT ENTRE LE CÉDANT ET LE CESSIONNAIRE. —

Le cédant est obligé d'assurer au cessionnaire les moyens de réaliser sa créance. A cet effet, il est tenu :

1° De lui remettre tous les titres qu'il possède;

2° De la garantie incidente;

3° A lui remettre les objets qu'il détient à titre de gage;

4° Et, enfin, il garantit, non seulement l'existence, mais aussi la solvabilité du débiteur cédé jusqu'au montant de la somme payée à l'époque de la cession.

A titre exceptionnel, le cédant est déchargé :

a) *De toute garantie :*

1° Lorsque la cession est intervenue à titre gratuit;

2° Lorsqu'une personne, d'accord avec le débiteur, l'a forcé, conformément à l'article 1422, de lui céder sa créance;

3° Lorsqu'il a acquis la créance sur une enchère publique.

b) *De garantir la solvabilité* (il garantit par conséquent l'existence) :

1° Lorsque l'insolvabilité du cédé était notoire;

2° Et, lorsqu'il a pu, en consultant les livres publics en prendre connaissance (art. 1398).

Nous croyons que les rédacteurs du projet sont allés trop loin lorsqu'ils ont mis à la charge du créancier cédant l'obligation de garantir la solvabilité du débiteur et qu'ils ont par là dénaturé l'opération. La cession du projet, en effet, ressemble singulièrement à une avance sur titre : l'acquéreur de la créance, au lieu de demander le remboursement de l'argent

avancé, réalise la créance en retenant, à titre de commission, la différence entre la somme avancée et le prix obtenu. Il aurait été, peut-être, plus conforme à l'équité, que les rédacteurs aient laissé l'appréciation de la volonté des parties à la sagesse du juge.

ASSIGNATION

L'assignation, opération par laquelle l'assignant autorise l'assignataire à recevoir une prestation de l'assigné et charge ce dernier de la lui fournir en son nom (au nom de l'assignant), correspond à la délégation imparfaite du droit français. Nous aurions donc pu remplacer le terme d'assignation par le terme de délégation imparfaite. Si nous ne l'avons pas fait, c'est parce que le terme assignation n'est pas tout à fait étranger à la doctrine française, Pothier l'employait justement pour désigner la délégation imparfaite.

Comme cette opération met en présence trois personnes ayant des intérêts différents, il y a lieu de s'occuper successivement de leurs rapports mutuels, à savoir :

- 1° Du rapport de l'assignant à l'assigné;
- 2° Du rapport de l'assignataire à l'assigné;
- 3° Du rapport de l'assignant à l'assignataire.

RAPPORT DE L'ASSIGNANT A L'ASSIGNÉ. — Il faut distinguer suivant qu'une convention (préalable) est

intervenu ou non. Dans le premier cas il convient de se reporter à cette convention. Dans le second cas, en l'absence de convention, le rapport est réglé selon les principes du mandat. Cependant l'assignation, comme nous le dit l'article 1403, ne s'éteint pas par la mort de l'assignant ou de l'assigné.

Etant donné que l'assignation suppose, comme nous venons de le dire, la collaboration de trois intéressés, on s'attendrait à ce que le consentement de ces trois personnes soit toujours exigé. Or, il n'en est pas toujours ainsi. En effet, toute personne obligée de fournir une prestation, à une autre, est d'après le projet, obligée également d'accepter l'assignation dans la mesure où la prestation qui lui a été imposée par elle n'excède pas celle de son obligation (art. 1401). Ainsi, pour le débiteur, toute dette entraîne l'obligation accessoire d'accepter l'assignation de son créancier.

RAPPORT DE L'ASSIGNATAIRE A L'ASSIGNÉ. — L'assignataire ne devient créancier de l'assigné qu'à partir du moment où ce dernier accepte l'assignation, c'est-à-dire se charge de la dette. Il est donc de l'intérêt de l'assignataire de s'adresser le plus tôt possible à l'assigné, afin d'être fixé sur le sort de l'opération. Cet intérêt est d'autant plus grand que l'assignant, suivant l'article 1403 du projet, est autorisé à révoquer l'assignation tant que l'assigné n'a pas fait connaître son acceptation.

Quant à la dette dont se charge l'assigné, elle doit

être considérée comme une nouvelle dette née de l'acceptation. Par conséquent cette dette n'est pas identique à la dette dont l'assigné pouvait être tenu à l'égard de l'assignant. En effet, l'article 1402 nous dit que l'assigné ne peut opposer à l'assignataire que les exceptions : a) qui se rapportent à la validité de son acceptation; b) qui résultent du contenu de l'assignation; c) et, enfin, qui sont personnelles à l'assigné.

Cette nouvelle dette née de l'assignation est, d'après l'article 1403, alinéa 2, soumise à la prescription de trois ans.

RAPPORT DE L'ASSIGNANT A L'ASSIGNATAIRE. — Puisque l'assignant est le plus souvent le débiteur de l'assignataire, il y a lieu de se demander quel est l'effet que l'acceptation de l'assigné produit sur le sort de sa dette. Le troisième alinéa de l'article 1401 décide que la dette de l'assignant persiste malgré l'acceptation de l'assigné et qu'elle ne s'éteint que par l'exécution de ce dernier. L'assignation ne produit donc pas d'effets novatoires.

Au point de vue juridique, elle est, au même titre que le cautionnement, une opération qui consolide les droits du créancier. Au point de vue économique, l'assignation est une opération civile de crédit.

CESSION DE DETTE

Le droit romain n'a jamais admis la transmissibilité de la dette par voie de convention; on s'est servi

de la novation pour réaliser cette fin. Toutefois les Romains se rendaient déjà compte de la valeur pratique de cette transmission. Le fait qu'ils ont admis que les sûretés attachées à l'ancienne créance pussent être transférées à la nouvelle, née de la novation, en est la meilleure preuve.

Mais ce qui n'a pas été admis par le droit romain l'a été par certains droits modernes. L'idée de cession de dette ne repose-t-elle pas sur le fait que le *praestare* représente le plus souvent une valeur objective et que la personne du débiteur n'est prise en considération qu'en raison de sa solvabilité? Si donc le créancier renonce à cette garantie, il n'y a pas de raison pour refuser à la cession une valeur juridique.

Le projet yougoslave, lui aussi, est parti de ces considérations.



ANALYSE DE LA CESSION. — La cession de dette se réalise de deux façons, à savoir :

1° Au moyen d'une convention intervenue entre le créancier et le tiers qui se charge de la dette;

2° Et, au moyen de l'accord intervenu entre l'ancien créancier et le tiers, à condition que le créancier donne son agrément.

1. — Le premier mode, qu'on appelle quelquefois *expromissio*, met la dette à la charge du tiers et libère instantanément le débiteur primitif. Il n'y a là rien

d'anormal. S'il est admis, en effet, qu'un tiers peut payer la dette d'autrui, pourquoi ne pas admettre qu'il peut s'en charger?

2. — Le second mode suppose un premier accord intervenu entre le débiteur et le tiers. Le tiers qui se charge de la dette se substitue à lui, si le créancier y consent (art. 1405). Aussi longtemps que le créancier ne se déclare pas ou refuse de consentir à la cession, le tiers est tenu comme s'il était chargé seulement de l'exécution. Le créancier peut, sans distinction, déclarer son adhésion au débiteur ou au tiers (art. 1405).

Cette opération n'est pas facile à analyser. On ne peut l'expliquer en disant que la convention intervenue entre le débiteur et le tiers est accompagnée d'une stipulation pour autrui, idée qui se présente d'abord à l'esprit. La stipulation pour autrui, faisant naître, d'après le projet yougoslave, immédiatement un droit au profit du bénéficiaire, s'accommode difficilement avec l'article 1405 qui exige l'acceptation du créancier.

On pourrait également voir dans cette convention une sorte de promesse mutuelle de proposer au créancier la mutation projetée; la notification qui lui en serait faite constituerait une offre collective. Il en résulterait assurément que le créancier ne pourrait acquérir le droit avant qu'on ne lui eût fait la proposition dont il s'agit. Il faudrait en déduire également qu'il n'y a rien de fait tant que l'acceptation du créancier n'est pas donnée et que, d'autre part, chacune

des parties, en révoquant son offre, révoquerait l'offre collective.

Plus suggestive est sans doute la conception défendue par Windscheid. Le débiteur, disait cet auteur, qui convient de transférer sa dette sur la tête d'un autre, dispose en réalité d'un droit qui ne lui appartient pas. Il fait donc quelque chose d'analogue à ce que fait celui qui cède une créance dont il n'est pas créancier, c'est-à-dire passe un acte qui n'est pas radicalement nul, mais seulement inefficace, acte qui se trouvera validé rétroactivement par la confirmation ou l'approbation du véritable titulaire du droit.

A notre sens, cependant, cette convention peut être expliquée d'une autre manière. Au lieu de la considérer comme une convention définitive, nous croyons qu'elle est tout simplement un avant-contrat, passé entre l'ancien et le nouveau débiteur, accompagné d'une stipulation pour autrui. Grâce aux effets de cette stipulation, le créancier acquiert le droit de demander au nouveau débiteur la conclusion du contrat définitif sans être encore son créancier pour la dette qui sera cédée. En fait, il n'est pas encore son créancier, mais il le deviendra le jour où il voudra conclure la convention définitive, c'est-à-dire transformer l'avant-contrat en contrat. Il suffit à cet effet qu'il y consente, puisque le nouveau débiteur, obligé par l'avant-contrat, doit y consentir. C'est donc la convention définitive intervenue entre le créancier et le nouveau débiteur qui transfère la dette. Ainsi le second mode de

cession de dette se ramène au premier, c'est-à-dire à l'*expromissio*.

EFFETS DE LA CESSION. — Le tiers qui endosse la dette d'autrui lui est substitué. L'article 1407 nous dit, en effet, que les obligations du tiers sont identiques à celles du débiteur (au point de vue de la dette cédée), et que le tiers a le droit de se prévaloir, à l'égard du créancier, de toutes les exceptions et droits résultant du rapport juridique entre le créancier et le premier débiteur.

Pour ce qui est des droits accessoires l'article 1407, alinéa 2, dispose que le changement du débiteur n'a, en principe, aucune influence sur eux. Ne sont exemptés de ces règles, que les dispositions concernant les cautions et les sûretés réelles, données par d'autres personnes que le débiteur primitif. La caution et les sûretés réelles, en effet, ne répondent de la dette que lorsque la caution, personnelle ou réelle, a consenti au changement.

APPLICATIONS PARTICULIÈRES. — L'article 1408, d'une part, et les articles 1409, 1409 *a* et 1409 *b*, de l'autre, s'occupent de certains cas particuliers de cession pour lesquels ils établissent des règles spéciales d'interprétation.

A. DE L'ACQUÉREUR D'UN IMMEUBLE HYPOTHÉQUÉ QUI S'ENGAGE A PAYER SUR SON PRIX LES CRÉANCIERS HYPOTHÉCAIRES. — La question que l'article 1408 se pro-

pose de résoudre, c'est de savoir, d'une part, si l'acquéreur d'un immeuble hypothéqué qui se charge de payer sur son prix la créance à laquelle l'hypothèque est affectée est tenu, à l'égard du créancier, non seulement en qualité de caution réelle, mais aussi personnellement, et, d'autre part, quelle répercussion aura son engagement sur l'obligation de l'ancien débiteur.

« L'acquéreur d'un immeuble, dit l'article cité, qui se charge de payer sur son prix le créancier hypothécaire, est, en cas de doute, réputé avoir pris également à sa charge la dette elle-même.

« Le vendeur est autorisé, à partir du moment où il a transmis l'immeuble hypothéqué à inviter le créancier à accepter à sa place l'acquéreur de l'immeuble comme débiteur.

« Le créancier est tenu de répondre dans le délai de six mois. S'il le laisse passer, bien qu'il fût expressément prévenu des effets néfastes de son silence, il est réputé avoir consenti à la libération. »

Nous sommes donc ici en présence d'une cession de dette quasi légale, puisque le projet entend : 1° que tout acquéreur qui se charge de payer sur son prix le créancier hypothécaire s'est chargé implicitement de la dette elle-même; 2° et que tout créancier qui ne répond pas dans les six mois qui suivent la notification a consenti à la cession.

B. DE L'ACQUÉREUR D'UN PATRIMOINE OU D'UNE ENTREPRISE QUELCONQUE. — Dès que l'acquéreur d'un patrimoine ou d'une entreprise connaissait ou devait con-

naître l'existence des dettes qui les grèvent, il en est tenu, selon l'article 1409, jusqu'à la concurrence de la valeur de cette entreprise ou de ce patrimoine. La position de l'acquéreur en question présente donc beaucoup de ressemblances avec celle du successeur à titre particulier tenu *intra vires*. Toutefois, et c'est la différence ostensible, tandis que l'acquéreur ne répond que des dettes dont il devait connaître l'existence, le successeur, au contraire, est tenu de toute dette sans exception. Il n'est pas, d'ailleurs, aisé de déterminer la vraie portée de cette différence avant que la jurisprudence ne donne au terme « devait connaître » une signification précise.

Par exception, l'acquéreur, parent ou allié de l'aliénateur, est tenu *ultra vires* toujours lorsqu'il ne peut justifier son ignorance quant aux dettes (art. 1409 *a*). Cette disposition a été suggérée afin de paralyser les fraudes. C'est, croyons-nous, une extension de l'action paulienne.

En ce qui concerne la responsabilité du vendeur, elle reste intacte : le débiteur est donc tenu, comme d'habitude, de toutes les dettes qu'il a contracté sur le patrimoine aliéné.

Enfin, l'article 1409 *b* déclare, et cela va sans dire, que toutes ces dispositions concernant la responsabilité des dettes qui grèvent le patrimoine ou l'entreprise cédée ne s'appliquent pas à celui qui les acquiert par voie d'enchère publique.

PAIEMENT

Le mot « paiement » figure dans la terminologie juridique comme synonyme d'exécution; il est, par conséquent, le mode d'extinction des obligations par excellence.

Toutes les fois qu'il n'est pas contraire à la nature de la prestation (*intuitus personae*) ou à une condition expresse ou sous-entendue, le paiement peut être entrepris, non seulement par le débiteur et ses représentants, mais aussi par un tiers. Toutefois le créancier n'est obligé d'accepter l'offre de paiement faite par un tiers que si cette offre a été agréée de la part du débiteur (1).

Débiteur ou tiers, celui qui paie, doit être avant tout capable d'administrer son patrimoine. L'article 1421 autorise, aussi bien le tuteur que le curateur d'un incapable, à demander la restitution du paiement effectué par celui qu'ils sont chargés de protéger. Il n'y a d'exception à cette règle que lorsque l'incapable a payé sa propre dette à la fois certaine et exigible (art. 1421 *in fine*). Alors, comme en droit romain, le créancier opposera à l'administrateur des intérêts de l'incapable l'*exceptio doli* (D. XLIV, 4, 8, pr.).

L'article 1422 accorde au tiers qui paie la dette d'autrui le droit d'exiger, soit avant le paiement, soit au

(1) Dans l'hypothèse d'une dette solidaire, il suffit que l'un des co-débiteurs y consente. Arrêt de la Haute-Cour du 28 avril 1908, Slg. Glaser-Unger XI, 4210.

moment du paiement au plus tard, que le créancier désintéressé lui cède sa créance avec tous ses accessoires. Dans ce cas le créancier cédant ne garantit, sauf en cas de dol qui lui est imputable, que l'existence juridique de la créance (art. 1423).

Après avoir payé la dette du débiteur, le tiers peut se retourner contre celui-ci et le poursuivre, soit en qualité de mandataire ou de gérant d'affaire, soit en qualité de cessionnaire du créancier désintéressé. Cette solution du projet, se rapportant au recours accordé au tiers qui a payé, choquera, probablement, tout juriste français. Payer la dette d'autrui et acheter une créance, ce sont sans doute deux choses bien différentes. Dans le premier cas nous sommes en présence d'un service que le tiers rend au débiteur, dans le second, au contraire, nous assistons à une opération lucrative que le tiers fait pour son propre compte. Le projet n'a donc pas suffisamment tenu compte de cette différence. Il s'est borné seulement à reproduire une solution romaine encore inachevée.

La cession de créance dans notre hypothèse (cession d'action plus exactement) avait, dans la pensée des jurisconsultes romains, pour but d'assurer au tiers-payeur la position du créancier désintéressé à l'égard de co-créancier du même débiteur. En effet, en l'absence de cet expédient de cession, la situation des co-créanciers du même débiteur pouvait s'améliorer au détriment du tiers payeur. Malheureusement en protégeant les intérêts du tiers payeur, on a sacrifié ceux du débiteur.

Appeler à résoudre cette question, le projet yougoslave aurait dû aller plus loin que les juristes romains, en ajustant les moyens employés au but poursuivi, c'est-à-dire décider que la cession de créances accordée au tiers payeur aurait pour résultat l'amélioration de la situation du tiers payeur à l'égard des co-créanciers sans entraîner de conséquences défavorables au débiteur. Ce n'est pas pourtant la transposition pure et simple de la subrogation du droit français que nous proposons au législateur yougoslave, car nous croyons qu'il serait légitime de refuser au tiers payeur le bénéfice de la clause accordant un intérêt supérieur à l'intérêt légal, ainsi que tout autre bénéfice, en particulier celui de la clause pénale. Nul doute que le tiers payeur puisse se faire accorder les bénéfices accessoires dont jouissait le créancier désintéressé, mais pour y arriver, il faut qu'il passe, avant d'effectuer le paiement, une convention spéciale avec le débiteur. Ainsi le but poursuivi sera atteint, et l'opération du tiers payeur conservera sa vraie nature.

Jusqu'à présent, nous n'avons parlé que du débiteur. Toutefois, il faut nous occuper également du rôle du créancier. Le paiement, en effet, ne se présente pas toujours comme un acte unilatéral, car il arrive quelquefois que sa réalisation exige la collaboration du créancier. Le paiement apparaît alors comme un acte juridique bilatéral. La tradition d'une chose, par exemple, exige la collaboration du créancier qui consiste dans la réception. Les obligations de faire, au contraire, n'exigent, pour la plupart du temps, aucune

collaboration et apparaissent par conséquent comme des actes unilatéraux. Cette distinction est fort importante, car le paiement qui suppose la collaboration du créancier n'est valable que lorsqu'il est fait à une personne capable.

Si le paiement est cependant effectué à un créancier incapable, le débiteur risque de payer deux fois. En effet, poursuivi par le représentant légal ou l'incapable devenu capable, il ne pourra refuser le paiement qu'en prouvant que la chose payée existe encore ou qu'elle a tournée au profit de l'incapable (art. 1421).

EPOQUE DU PAIEMENT. — Les dettes à terme deviennent exigibles le jour de l'arrivée du terme. Celui-ci peut être aussi sous-entendu, par exemple, il peut être déterminé par la nature de la prestation promise. Ainsi la dette d'aliments doit être payée chaque mois d'avance, afin de permettre au créancier l'emploi auquel l'argent est destiné. Il est intéressant de signaler également que la seule arrivée du terme met le débiteur en demeure (*dies interpellat pro homine*). La dette pure et simple, au contraire, devient exigible seulement lorsque le créancier, par un avertissement (1), fait connaître au débiteur son désir d'être payé. C'est surtout l'article 904, aliéna 3, qui, par son côté intéressant, mérite d'être signalé. Il s'agit cette fois de la promesse, faite par le débiteur de payer la dette lorsqu'il le pourra. L'appréciation dans ce cas est, selon le projet, confiée au juge. Mais l'article

(1) Les frais de cet avertissement sont supportés par le créancier. Arrêt du 7 septembre 1880, Slg. Glaser-Ünger 8083.

oublie de dire à quel moment le débiteur sera réputé mis en demeure : sera-ce le moment de la sentence ou au contraire l'époque où le créancier a demandé le paiement?

LIEU DU PAIEMENT. — Les obligations doivent être exécutées, soit où les parties l'ont convenu, soit où il résulte de la nature ou du but de la convention qu'elles ont voulu qu'elle soit exécutée.

S'il n'y a rien de convenu sur ce point, et si l'intention des parties ne peut être tirée ni de la nature ni du but de la convention, l'obligation doit être exécutée dans le lieu où le débiteur avait son domicile à l'époque de la conclusion du contrat, ou, lorsqu'il s'agit des obligations d'ordre commercial, là où le débiteur a son centre d'affaires.

Cette règle ne souffre que d'une seule exception concernant le paiement d'une somme d'argent. Le projet décide à ce propos, tenant sans doute compte de la facilité de circulation et des frais peu considérables du transport (par poste), que le débiteur doit envoyer, à ses risques et périls, l'argent dû au domicile du créancier (art. 905).

Pour ce qui est des obligations nées d'une autre source que les contrats, il faut, selon le projet, leur appliquer les mêmes règles.

CONTENU DU PAIEMENT. — Il nous reste enfin à élucider la question relative au contenu du paiement. Que doit comprendre le paiement?

D'après l'article 1413, le créancier ne peut être forcé d'accepter en paiement autre chose que la prestation

qui constitue l'objet de sa créance. Il en est exactement de même pour le débiteur : il n'est tenu de fournir que l'objet promis. Mais si, ni le créancier, ni le débiteur, ne peuvent être forcés d'accepter ou de fournir autre chose que l'objet de l'obligation, rien ne les empêche de décider, d'un commun accord, le contraire. On sera alors en présence de la *datio in solutum*, opération juridique qui n'est qu'un mode d'extinction, par opposition à la novation qui est à la fois un mode d'extinction et une nouvelle source d'obligation.

La dation en paiement est, d'après l'article 1414, déclarée une opération à titre onéreux. La conséquence de cette qualification est la mise de l'obligation de garantie à la charge du débiteur se libérant par la voie de la *datio in solutum*. En effet, tout débiteur en est tenu, même celui dont l'obligation résulte d'une convention à titre gratuit. L'opération est onéreuse parce que le débiteur s'est libéré de la prestation promise par la remise de l'objet donné *in solutum*.

Du fait que le créancier n'est obligé d'accepter que l'objet dû, il résulte que le débiteur ne peut lui imposer de paiement partiel.

Il n'y a que trois exceptions qui dérogent à cette règle.

La première résulte de la division de la dette entre les successeurs du débiteur.

La deuxième concerne le cas où le débiteur a promis d'exécuter son obligation dès qu'il sera en état de le faire.

Enfin, la troisième, d'ordre commercial, se rapporte

aux opérations de change. Le bénéficiaire d'une traite est obligé d'accepter tout paiement, même partiel, qui lui est offert par le tiré.

A côté de la question du paiement partiel, il faut examiner la question de l'imputation du paiement. Cette question se pose lorsque le débiteur, tenu envers son créancier de plusieurs dettes ayant toutes pour objet des choses de même nature, en particulier de l'argent, verse une somme qui ne suffit pas à éteindre toutes les dettes. Quelles sont alors celles des dettes qui seront éteintes les premières? — tel est le problème de l'imputation.

Par le fait qu'on est ici dans le domaine de l'autonomie de la volonté, il faut tout d'abord respecter l'accord, exprès ou tacite, intervenu entre les parties intéressées.

En l'absence d'un tel accord, l'article 1416 décide qu'on doit imputer la somme :

1° D'abord sur les intérêts échus;

2° Ensuite sur les dettes exigibles (1). S'il y a, en outre, plusieurs dettes échues et que la somme offerte ne suffise pas au paiement de toutes, celles dont le créancier a demandé l'exécution auront la préférence. Viennent ensuite les dettes dont la charge grève le plus le débiteur, soit à cause du taux d'intérêt ou des sûretés spéciales, soit de la clause pénale.

(1) Les obligations civiles passent toujours avant les obligations naturelles (arrêt 1873, Slg. Glaser-Unger 5.099); les intérêts prescrits après le capital (arrêt du 9 juin 1896, Slg. Glaser-Unger 15800).

DE L'ENRICHISSEMENT INJUSTE

L'enrichissement injuste, d'après le projet yougoslave, est la source d'une obligation seulement lorsqu'il résulte d'une prestation dépourvue de cause que l'appauvri a fourni à l'enrichi.

L'admission de la condition implique donc :

- 1° Une prestation fournie par l'appauvri à l'enrichi;
- 2° L'absence ou la disparition de la cause de cette prestation.

La théorie des *condictiones* du projet n'est, par conséquent, qu'une application de la théorie de la cause. Le projet, resté fidèle à la tradition romaine, s'est abstenu de suivre les voies de certaines législations modernes qui, inspirées par l'équité, ont su franchir les limites tracées par la tradition.

Nous retrouvons dans le projet aussi l'ancienne classification des *condictiones sine causa*. En effet, l'article 1431 nous parle de la *condictio indebiti*, et l'article 1435 de la *condictio causa data, causa non secuta*. Mais si cependant on n'y trouve pas la *condictio ob turpem vel iniustam causam* ni la *condictio causa finita*, il ne faut pas en conclure qu'elles sont complètement écartées par le projet. A l'exemple du Code autrichien, elles seront traitées à propos des conventions spéciales.

A. — « CONDICTIO INDEBITI »

La répétition de l'indu est accordée à celui qui, par erreur, a payé ce qu'il ne devait pas. Les conditions d'exercice de cette condictio sont par conséquent :

- 1° Un paiement;
- 2° Un indu;
- 3° Une erreur.

1. — Le terme paiement doit être pris dans sa signification technique, c'est-à-dire comme synonyme d'exécution.

2. — Il y aura indu dans les cas suivants :

- a) Quand il n'y a pas de dette;
- b) Quand on paie à un autre qu'au créancier;
- c) Quand la dette est payée par quelqu'un qui se croyait débiteur, mais qui ne l'était pas en réalité (1).

Ces trois hypothèses sont justement les hypothèses classiques données par Paul (D. XII, 6, 65, 9).

Il en résulte que le débiteur qui paie une dette conditionnelle est autorisé à répéter sa prestation tant que la condition ne s'est pas réalisée.

Ce qui vient d'être dit de la dette conditionnelle, s'applique également, selon l'art. 1434, à toute autre dette incertaine. C'est, par exemple, le cas pour la prestation dont le contenu, qualitatif ou quantitatif, n'est pas encore fixé.

Une dette à terme est, au contraire, toujours cer-

(1) Arrêt du 26 octobre 1882, Slg. Glaser-Unger 9153.

taine; une fois payée, elle ne peut plus être répétée (art. 1434), car le créancier *suum recepit a vero debitor*.

Il n'y a pas indu non plus lorsque la dette payée était une dette naturelle. Le paiement « d'une dette prescrite, d'une dette non valable à raison d'inobservation des formes imposées ou d'une dette dépourvue de sanction » ne peut être répété, dit l'article 1432 (1).

3. — Toutefois, il ne suffit pas qu'on paie indûment. Il faut en plus qu'on paie par erreur. Peu importe d'ailleurs que cette erreur soit une erreur de fait ou de droit. Seulement on refusera la condiction à celui qui a payé connaissant l'absence de tout lien obligatoire : il est réputé avoir fait une donation, par conséquent ne pas avoir agi sans cause. Quant à la question de savoir à qui incombe la preuve de l'erreur, le projet reste muet. Il faut en déduire qu'il met la preuve à la charge de celui qui répète le paiement, car c'est la solution logique qui du reste a été aussi acceptée par le droit autrichien (2).

ÉTENDUE DE LA RESTITUTION QUI INCOMBE A L'ENRICHÍ.
— L'étendue de l'obligation de restituer l'enrichissement se détermine par la combinaison des articles 1431 et 1437 du projet.

Celui qui répète, dit l'article 1431, a le droit, s'il a fourni une chose, d'exiger qu'on la lui restitue. Si, au

(1) On peut répéter le paiement d'une dette immorale (arrêt du 20 juin, 1911, Slg. XIV, 5513).

(2) Arrêt du 20 juin 1894, Slg. Glaser-Unger 15158.

contraire, sa prestation a consisté en un *facere*, il est autorisé à exiger qu'on lui fournisse un dédommagement correspondant à l'enrichissement de celui qui en a bénéficié.

D'autre part, l'article 1437 déclare que l'obligation de restituer varie suivant que l'acceptant savait (plus précisément pouvait déduire des circonstances), ou ne savait pas que le remettant a commis l'erreur. Dans le premier cas, il doit être traité comme un possesseur de mauvaise foi. Dans le second, au contraire, il est assimilé au possesseur de bonne foi.

De cette combinaison des articles 1431 et 1437, il résulte :

1° Que l'obligation de celui qui a accepté une prestation de faire a toujours la même portée, qu'il ait été ou non de bonne foi. Dans l'une comme dans l'autre hypothèse, il fournira un dédommagement correspondant à son enrichissement.

2° Que celui qui a reçu une chose en paiement doit restituer la chose reçue si elle est encore entre ses mains. Mais si, au contraire, elle n'y est plus, il paiera un dédommagement dont le taux varie suivant qu'il est de bonne foi ou non. L'acceptant de bonne foi, en effet, sera toujours assimilé au possesseur de bonne foi, l'acceptant de mauvaise foi, par contre, au possesseur de mauvaise foi. La bonne ou mauvaise foi sera prise également en considération dans les questions relatives aux fruits produits par la chose, aux détériorations que celle-ci a subies et, enfin, aux impenses.

B. — « CONDICTIO CAUSA DATA.
CAUSA NON SECUTA »

C'est la condictio donnée en cas d'un enrichissement résultant d'une prestation faite en vue d'un but qui ne s'est pas réalisé. Le projet la traite dans son article 1435.

Il n'y a sur ce point, d'ailleurs, rien de spécial à ajouter à ce qui a déjà été dit pour la *condictio indebiti* : l'étendue de la restitution est fixé de la même façon qu'en cas d'indu.

APPRÉCIATION DU SYSTÈME DE L'ENRICHISSEMENT INJUSTE CONSACRÉ PAR LE PROJET. — Le projet, on l'a déjà dit, n'accorde la condictio que dans le cas où une prestation est fournie par l'appauvri et se trouve dépourvue de toute cause contractuelle.

Ce système où la condictio n'apparaît que comme une application de la théorie de la cause, déjà dans la pensée des jurisconsultes romains, était une première étape dans la voie de l'équité. Ils étaient pleinement conscients que les *condictiones* n'étaient que les consécutions spéciales d'un principe qui, tôt ou tard, recevrait une consécration générale. La meilleure preuve en est le fameux texte de Pomponius (D. XII, 6, 14) : *nam hoc natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiores* ». Malheureusement, l'avènement prématuré de la décadence empêcha le

droit romain d'achever l'évolution de ce principe d'équité.

Mais ce que le droit romain n'a pas pu réaliser, les droits modernes, en particulier le droit français, l'ont fait. Il est vrai que le Code civil français ne s'est pas sensiblement éloigné du droit romain, mais la jurisprudence, perpétuellement en contact avec la vie et soucieuse de l'équité, a franchi les cadres traditionnels et s'est créé une théorie de l'enrichissement injuste en admettant, à côté de la *condictio indebiti*, une condition subsidiaire *sine causa* que nous proposons aux rédacteurs du projet yougoslave (1).

Pour accorder l'action *in rem verso*, la jurisprudence française exige la réunion des quatre conditions suivantes :

- 1° L'appauvrissement du demandeur;
- 2° L'enrichissement correspondant de l'autre partie;
- 3° L'absence de cause, aussi bien de l'enrichissement que de l'appauvrissement et, enfin,
- 4° L'absence de toute autre action.

1. — N'étant qu'une action en équilibre, l'action *in rem verso* suppose tout d'abord l'appauvrissement du demandeur. Le droit n'ouvre pas d'action aux envieux de la richesse d'autrui. Cet appauvrissement doit d'ailleurs être le résultat d'un acte qu'il est au pouvoir de l'homme de réaliser, sans distinguer du

(1) Le système de la jurisprudence française est méthodiquement exposé dans l'article de M. André Ronast : L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile, publié dans la *Revue trimestrielle de droit civil* de 1922 (t. XXI).

reste s'il s'agit d'une prestation ou d'une abstention. Il va de soi que cet acte doit être rémunérable. Il serait exagéré cependant de dire que tout travail profitant à autrui peut permettre d'agir contre lui. Pour qu'une action puisse être engagée, il faut qu'il s'agisse d'un travail qui, étant donné les habitudes de son auteur, est susceptible de rémunération comme c'est le cas du travail professionnel.

2. — Pour que l'appauvri puisse obtenir un rétablissement du déséquilibre réalisé au détriment de son patrimoine, il faut qu'il prouve qu'à son appauvrissement correspond un enrichissement d'autrui. Il reste à déterminer comment la notion d'enrichissement doit être entendue. Pour la jurisprudence française, l'avantage procuré à l'enrichi doit être appréciable en argent. Ce n'est donc pas seulement l'accroissement du patrimoine ou la perte évitée qui sont pris en considération, mais aussi l'avantage moral à condition qu'il soit appréciable en argent. Il faut en plus que cet avantage existe au moment de l'action : un avantage passager ne compte pas.

3. — L'absence de cause dont il est ici question n'est que l'absence de la contre-partie, avantage matériel ou moral qui a motivé l'appauvrissement ou justifié l'enrichissement. Par conséquent, il n'y a pas lieu à l'action *in rem verso* non seulement lorsque l'enrichissement a une cause, mais aussi lorsque l'appauvrissement en avait une. Ainsi, par exemple, un entre-

preneur qui a fait des travaux pour le compte d'un locataire, et ne peut pas obtenir son paiement par suite de l'insolvabilité de celui-ci, ne peut s'adresser au propriétaire de l'immeuble que pour lui demander une indemnité pour les grosses réparations qui ne sont pas mises à la charge du locataire par la loi. Les réparations locatives étant à la charge du locataire, il est impossible de prétendre que le propriétaire s'est enrichi par elles sans cause. Quant aux grosses réparations, en même temps qu'elles enrichissent sans cause le patrimoine du propriétaire, elles appauvrissent l'entrepreneur dont la prestation, à la suite de l'insolvabilité du locataire, reste sans cause.

4. — L'action *in rem verso* est une action subsidiaire, elle n'est accordée qu'au cas où toute autre action fait défaut. Toutefois il serait intéressant de savoir si elle peut être exercée là où une action de droit commun, par suite d'un obstacle de droit, est inopérante. La jurisprudence française distingue suivant que l'obstacle provient ou non de la part de l'appauvri. C'est seulement dans la seconde hypothèse qu'elle lui accorde l'action, ce qui est sans doute très prudent.

« MORA CREDITORIS »

Tandis qu'en droit français les offres non suivies de consignation n'ont aucune répercussion sur l'obligation du débiteur, dans le projet yougoslave, au contraire, elles ont des effets juridiques. Un simple aver-

tissement (*interpellatio*) adressé au créancier d'une dette sans terme, ou bien l'arrivée du jour stipulé pour le paiement de la dette atermoyée, suffit à atténuer l'obligation du débiteur. La raison de cette atténuation tient à ce qu'il est injuste d'exiger du débiteur qu'il fournisse plus qu'il n'a voulu promettre. En effet, prolonger la durée de son obligation malgré lui, n'est-ce pas, en bonne logique, lui imposer plus qu'il ne doit? La mise en demeure du créancier, intervenue automatiquement par l'échéance du terme ou à la suite de l'avertissement, a ainsi pour but d'empêcher que la situation du débiteur ne s'aggrave pas par le fait que le créancier, intentionnellement ou inintentionnellement, ne se prête pas à la collaboration nécessaire à l'exécution. Il en résulte que la mise en demeure du créancier n'est possible que là où sa collaboration est nécessaire à l'exécution. C'est bien ce qui se produit dans toutes les obligations de donner. Il s'en suit également que le débiteur doit faire, au préalable, tous les actes préparatoires, actes qui ne nécessitent pas la collaboration du créancier, et prouver de la sorte sa volonté d'exécuter l'obligation pour s'en décharger. Ainsi, lorsqu'il s'agit d'une obligation sans terme, le débiteur, à côté d'autres actes préparatoires, sera tenu avant tout de porter à la connaissance du créancier sa résolution de payer. Tout avertissement sincère, écrit ou même verbal, est, d'après le projet, considéré comme suffisant. Au cas où la dette est portable, le débiteur est tenu de se présenter au domicile du créancier. Quant à l'obligation quérable à terme, il n'a qu'à

attendre chez lui son créancier. Si alors ce dernier ne se présente pas, il est considéré comme mis en demeure en vertu de la règle *dies interpellat pro homine* consacrée par le projet.

La mise en demeure du créancier a pour effet :

- 1° D'arrêter le cours des intérêts moratoires;
- 2° De mettre la chose aux risques du créancier;
- 3° D'atténuer la responsabilité du débiteur qui n'est plus tenu que du dol ou de la faute lourde;
- 4° De mettre les frais d'entretien à la charge du créancier;
- 5° Enfin, d'autoriser le débiteur à recourir à la consignation.

Etant donné que le projet yougoslave, à l'exemple du Code autrichien, semble admettre l'idée que l'obligation du débiteur ne peut être aggravée sans sa faute, on devrait s'attendre à ce que la mise en demeure arrêât le cours des intérêts conventionnels. Malheureusement la doctrine et la jurisprudence autrichienne (1) n'ont jamais admis cette solution, bien qu'elle soit le corollaire de leur propre conception, mais inspirées par le droit romain, elles laissent courir les intérêts conventionnels. Les rédacteurs du projet yougoslave, en reproduisant à la lettre l'article 1413 du Code civil autrichien consacré à la *mora creditoris*, paraissent avoir consacré la jurisprudence autrichienne. Il serait pourtant non seulement plus logique, mais encore plus conforme à l'équité, de

(1) Arrêt du 23 janvier 1868, Slg. Glaser-Unger 2979.

faire arrêter le cours des intérêts conventionnels, puisque la solution contraire oblige le débiteur à payer les intérêts d'une somme dont il ne peut pas jouir étant obligé de la tenir à la disposition du créancier.

CONSIGNATION

La consignation, d'après l'article 1425 du projet, est un mode d'extinction ouvert au débiteur qui ne peut pas effectuer le paiement entre les mains du créancier :

1° Soit, parce que le créancier a refusé d'accepter le paiement (*mora creditoris*);

2° Soit, parce que le créancier est absent, c'est-à-dire parce qu'il ne se trouve pas à l'époque du paiement dans le lieu d'exécution;

3° Soit, parce que le créancier est inconnu en ce sens que la personne qu'il faut considérer comme ayant la qualité de créancier est encore indéterminée;

4° Soit, enfin, parce que d'autres raisons importantes, ajoute l'article 1425, l'en empêchent. C'est au juge à déterminer si la raison qui empêche le débiteur de payer est assez importante pour justifier la consignation. D'après la jurisprudence autrichienne, il est nécessaire que les raisons qui empêchent le débiteur d'effectuer le paiement soient inhérentes à la personne du créancier. C'est par exemple le cas du mineur

dépourvu de représentant légal ou du créancier commerçant tombé en faillite.

La consignation se fait par la voie du dépôt effectué au tribunal. Mais lorsqu'il s'agit d'une chose qui ne se prête pas au dépôt judiciaire, le tribunal désigne alors une tierce personne pour la recevoir et pour la garder (le séquestre). Le tribunal compétent est le tribunal du lieu où l'exécution doit être faite.

Quoi qu'il en soit, il résulte des faits précédents que la consignation nécessite toujours l'intervention du tribunal. Quant à l'acte, il est de la catégorie des actes de juridiction gracieuse (1).

Selon l'article 1425, la consignation a pour effet de libérer le débiteur et de rejeter les risques sur le créancier.

Reproduisant littéralement l'article 1425 du Code civil autrichien, le projet ne donne pas de détails sur la condition de l'objet consigné, pas plus que sur le rapport mutuel des intéressés. Une chose est en tout cas certaine, c'est que celui à qui la chose est remise est dépositaire de la chose. Au contraire, il est difficile de préciser au nom de qui il la détient, c'est-à-dire qui est le propriétaire de la chose déposée.

On pourrait peut-être recourir à l'article 1425 et affirmer que c'est le créancier, puisque, d'une part, il supporte les risques, et, d'autre part, il n'a plus, en principe, le droit d'exiger le paiement. Mais il faudrait

(1) Le tribunal n'examine pas si la consignation est justifiée (arrêt du 15 fév. 1887, Slg. Glaser-Unger 11.456).

alors refuser au débiteur le droit de reprendre la chose déposée.

Malheureusement en droit autrichien on admet la reprise de la chose par le débiteur, et le projet n'apportant aucun changement à l'article 1425, consacré à la consignation, a adopté cette solution.

On voit maintenant combien la condition de l'objet, dans l'intervalle qui sépare la déposition de la chose et la révocation du débiteur ou l'acceptation du créancier, paraît délicate. La meilleure solution, croyons-nous, serait d'admettre l'existence d'un des rares cas de propriété en suspens.

Quant aux effets extinctifs, la consignation ne saurait être considérée que comme un mode d'extinction *exceptionis ope*. L'objet déposé peut en réalité ne pas répondre aux qualités de l'objet convenu. Il est évident qu'alors le créancier est autorisé à poursuivre le débiteur en lui demandant la prestation convenue. Il va de soi qu'il agira alors en vertu de l'obligation contractuelle, et non pas en vertu de l'obligation légale de garantie.

Tout cela confirme notre explication selon laquelle le paiement est un mode d'extinction *ipso iure* parce qu'il est implicitement accompagné d'un *contrarius consensus*.

COMPENSATION

On a l'habitude de réduire la compensation au paiement. Ainsi, par exemple, certains auteurs qualifient

la compensation du Code civil français de « double paiement abrégé et automatique ». Si on essayait d'en faire autant avec la compensation du projet yougoslave, c'est-à-dire de l'expliquer par le paiement, il faudrait alors dire qu'elle est un paiement *brevi manu*.

Mais si nous laissons de côté cette comparaison pour examiner les conditions exigées pour toute compensation, nous verrons que les deux dettes supposées dans la compensation, doivent être :

- 1° Réciproques;
- 2° Avoir pour objet des choses fongibles de la même espèce;
- 3° Exigibles;
- 4° Civiles;
- 5° Susceptibles de compensation.

Ces conditions une fois réunies n'amènent pas automatiquement la compensation. Celle-ci n'intervient que lorsqu'elle a été invoquée par une des deux parties (1). Cependant les effets pratiques de cette compensation ne diffèrent en rien des effets de celle du Code français en raison de la force rétroactive qui lui est attribuée par le projet. En effet, en vertu de l'article 1438, les effets de la compensation remontent au jour où les créances réciproques ont été, toutes les deux, exigibles. Ceci dit, revenons aux conditions de la compensation.

(1) Arrêt du 25 avril 1894, Slg. Glaser-Unger 15301.

1. — RÉCIPROCITÉ. — On n'est autorisé à invoquer la compensation que lorsqu'on a réuni sur sa propre tête la qualité de créancier et de débiteur d'une même personne. La créance que le débiteur aurait contre un autre que son propre créancier, même si ce tiers était, lui aussi, le créancier de son créancier, ne peut être invoquée en compensation (art. 1441).

Cette règle n'est pourtant pas exempte de toute exception.

Une première vise la cession de créance. L'article 1442, en effet, permet au débiteur cédé d'opposer au créancier cessionnaire la créance qu'il avait acquise contre le cédant avant qu'il fut averti de la cession. Toutefois, si la créance cédée a été incorporée dans les livres publics, le débiteur ne peut invoquer la compensation que si sa propre créance est, elle aussi, mentionnée dans ces livres, ou que si le créancier la connaissait avant la cession. En plus, la disposition de l'article 1442 ne vaut que pour la première cession. Au cas de plusieurs cessions, le débiteur n'est autorisé à invoquer que les créances acquises contre le premier cédant et le dernier cessionnaire.

Quant à savoir — et ceci peut être une seconde exception — s'il faut accorder à la caution le droit d'opposer en compensation la créance du débiteur principal, la question reste ouverte. En tout cas, il faut accorder à la caution au moins une exception dilatoire.

2. — OBJET (choses fongibles de la même espèce). —

Nul doute, qu'on violerait le droit du créancier en l'obligeant à accepter autre chose que l'objet dû. Mais si on ne peut pas compenser sa dette avec une prestation n'ayant pas un objet identique, il n'est pas exigé que la dette et la créance aient pour objet la même quantité de la chose fongible. Il en résulte que le débiteur peut imposer à son créancier un paiement partiel. Il n'est pas non plus exigé que les deux dettes soient payables dans le même lieu. Les dettes payables sur des places différentes se compensent, à condition, bien entendu, que le débiteur qui invoque la compensation désintéresse l'autre de l'intérêt qu'il avait à ce que la dette soit exécutée sur la place déterminée.

3. — EXIGIBILITÉ. — Pour pouvoir imposer à l'autre partie la compensation, le débiteur doit disposer d'une créance exigible (1). Par conséquent, le terme est un obstacle à la compensation et ne peut être écarté que par le consentement de l'autre partie.

4. — CARACTÈRE CIVIL DE LA CRÉANCE. — La créance naturelle ne peut être invoquée en compensation, car s'il en était ainsi le créancier d'une telle créance arriverait à imposer l'exécution à son débiteur en acquérant, par voie de cession ou autrement, une créance contre le débiteur d'une dette naturelle. Il va sans dire que cette compensation est possible lorsque le créancier y consent.

(1) Il suffit que la créance du défendeur devienne exigible au cours du procès (arrêt du 29 avril 1891, Slg 13757).

5. — CARACTÈRE COMPENSABLE DE LA CRÉANCE. — On ne peut pas invoquer la compensation contre une créance alimentaire (art. 1440). De même, le dépositaire, le commodataire et le locataire ne peuvent retenir l'objet déposé, emprunté ou loué, en invoquant la compensation. A plus forte raison, celui qui s'est emparé d'un objet appartenant à son débiteur ne peut le retenir sous prétexte de compensation.

On ne peut, enfin, opposer une créance qu'on a contre une caisse publique à une caisse publique différente.

Le projet, comme on le voit, ne fait pas de la liquidité une condition de la compensation. Faut-il alors déduire que le projet veut ouvrir la porte à la chicane déjà redoutée par Justinien (1)? Loin de là. Il n'entend que suivre une solution heureuse du droit autrichien, solution qui mérite d'attirer notre attention. En effet, le droit autrichien (2) distingue les créances facilement liquidables, c'est-à-dire les créances dont l'existence n'est pas douteuse et dont le chiffre peut être déterminé sans difficulté et sans retard, des créances difficiles à liquider.

Lorsqu'il s'agit des créances de la première catégorie, le juge sursoit jusqu'à la liquidation.

Au contraire, lorsqu'il est question d'une créance difficilement liquidable, le juge prononce un juge-

(1) C. IV, 31, 14, 1.

(2) Code de procédure civile, article 391.

ment provisoire : exécutoire par provision. Le créancier rentre ainsi dans ses fonds.

Quant au débiteur, il n'a qu'à poursuivre la liquidation de sa créance et, quand elle sera liquidée, il s'adressera à son créancier et lui réclamera, par la *condictio indebiti*, la chose fournie.

De telle façon on atteint un double résultat :

1° On protège le créancier contre les contestations peu sérieuses;

2° On conserve au débiteur les avantages que lui procure la compensation.

Vu : *Le Président de la Thèse*,
HENRI LÉVY-ULLMANN.

Vu : *Le Doyen*,
H. BERTHÉLEMY.

Vu et permis d'imprimer,
Le Recteur de l'Académie de Paris,
P. APPELL.

BIBLIOGRAPHIE

AUBRY et RAU. — Cours de droit civil français, t. IV (5^e éd., 1902).

COLIN-CAPITANT. — Cours élémentaire de droit civil français, t. II (4^e éd., 1924).

CUQ. — Manuel des institutions juridiques des Romains (1917).

DEMOGUE. — Les notions fondamentales du droit privé (1911).

DERNEBURG. — System des Roemischen Rechts, t. II (8^e éd., 1912).

GENY. — Méthode d'interprétation et sources en droit privé, 2 vol. (2^e éd., 1919).

GIERKE. — Schuld und Haftung (1910).

GIRARD. — Manuel élémentaire de droit romain (7^e éd., 1924).

HASENOEHRL. — Das oestereichische Obligationsrecht, 2 vol. (1886-1890).

IHERING. — L'esprit du droit romain, 4 vol. (1886).

KRAINZ. — System des allgemeinen Privatrechts, t. II (5^e éd.).

POTHIER. — Traité des obligations, 2 vol.

PLANIOL. — Traité élémentaire de droit civil, t. II (10^e éd.).

RUSNOV-POSILOVIC. — Tumač K građanskom zakoniku.

SALEILLES. — Etude sur la théorie générale des obligations (3^e éd.).

De la déclaration de volonté (1901)

SCHY. — Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch (1920).

STUBENRAUCH. — Commentar zum oestereichischen bürgerlichen Gesetzbuche, t. II (1903).

UNGER. — System des oestereichischen allgemeinen Privatrechts, t. II (1876).

WINDSCHEID. — Lehrbuch des Pandektenrechts, t. II (9^e éd., 1906).

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	I
PREMIÈRE PARTIE. — Des conventions.....	5
Capacité contractuelle	5
Offre et acceptation	8
Violence	12
Erreur et dol.....	14
Lésion	18
Objet licite et possible.....	23
Stipulation pour autrui	25
Forme	30
Solidarité	33
Arrhes	44
<i>Mulcta conventionalis</i>	46
Inexécution des contrats.....	48
Garantie	51
Avant-contrat	59
DEUXIÈME PARTIE. — Consolidation, Modification et Extinction des obligations.....	61
Cautionnement	61
Gage	67
Novation	69
Transaction	73
Cession de créance.....	78
Assignation	86
Cession de dette.....	88
Païement	95
Païement de l'indu et enrichissement injuste.....	102
Consignation	112
Compensation	114
<i>Mora creditoris</i>	109
BIBLIOGRAPHIE	121

